



UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE - UERN  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO - PROPEG  
FACULDADE DE DIREITO - FAD  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

**DANIEL RICARTE LEANDRO MOURA**

**ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DA  
CONSTITUIÇÃO: um estudo sobre os limites da atuação do Poder Judiciário**

NATAL  
2014

**DANIEL RICARTE LEANDRO MOURA**

**ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DA  
CONSTITUIÇÃO: um estudo sobre os limites da atuação do Poder Judiciário**

Monografia apresentada ao programa de pós-graduação em Direito da Universidade Estadual do Rio Grande do Norte como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direitos Difusos e Coletivos.

Orientador: Ms. Marcus Aurélio de Freitas Barros

NATAL  
2014

**Catálogo da Publicação na Fonte.  
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.**

Moura, Daniel Ricarte Leandro.

ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DA  
CONSTITUIÇÃO: um estudo sobre os limites da atuação do Poder Judiciário. /  
Daniel Ricarte Leandro Moura. – Natal, RN, 2014.

81 f.

Orientador(a): Prof. Ms. Marcus Aurélio de Freitas Barros

Monografia (especialização). Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.  
Especialização em direitos difusos e coletivos

1. Neoconstitucionalismo - Monografia. 2. Ativismo judicial. 3. Limites. I. Barros,  
Marcus Aurélio de Freitas. II. Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. III.-  
Título.

UERN/ BC

CDD 342

**DANIEL RICARTE LEANDRO MOURA**

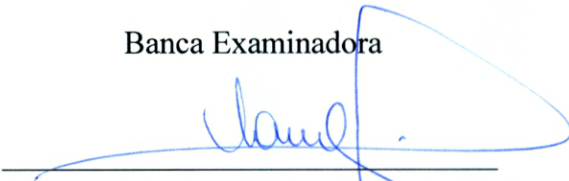
**ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DA  
CONSTITUIÇÃO: um estudo sobre os limites da atuação do poder judiciário**

Monografia apresentada ao programa de pós-graduação em Direito da Universidade Estadual do Rio Grande do Norte como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direitos Difusos e Coletivos.

Orientador: Prof. Ms. Marcus Aurélio de Freitas Barros

Aprovado em 25 / 06 / 2014.

Banca Examinadora



\_\_\_\_\_  
Prof. Ms. Marcus Aurélio de Freitas Barros



\_\_\_\_\_  
Prof. Ms. Carlos Sérgio Gurgel da Silva, UERN



\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Sérgio Alexandre de Moraes Braga Júnior, UERN

“Ontem os Códigos; hoje as Constituições.”  
(Paulo Bonavides)

“A justiça é ponto nuclear de legitimação do direito, seu começo e seu fim. Pode haver justiça sem o direito. Porém, jamais haverá direito sem justiça.” (Tercio Sampaio Ferraz Jr.)

## RESUMO

A presente investigação tem como cerne o estudo acerca do ativismo judicial como instrumento de concretização da justiça constitucional, com foco em delimitar a atuação do Poder Judiciário enquanto pautado por uma postura ativista. A ruptura ocasionada no pensamento jurídico pelo constitucionalismo contemporâneo proporcionou mudanças significativas no modelo de Estado então adotado e exerceu forte influência sobre as bases teóricas do direito constitucional. Ao passo que o Estado Liberal é superado pelo Estado Democrático de Direito, ocorre o desenvolvimento da tese da normatividade constitucional, cujo reconhecimento eleva a Constituição ao patamar central do ordenamento jurídico. Nesse contexto, surgem os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial. Aquele é apresentado como consectário lógico do modelo constitucional adotado pelo Brasil. O ativismo judicial, por outro lado, desenvolve-se no contexto de inações dos Poderes Públicos, notadamente quanto à efetivação dos direitos previstos no texto constitucional. As atuações ativistas do Judiciário, contudo, devem ser pautadas por limites, visando à harmonia entre os Poderes.

**Palavras-chave:** Neoconstitucionalismo. Ativismo Judicial. Limites.

## ABSTRACT

The present research aims to study the judicial activism as instrument of constitutional justice achievement. It is especially focused on delimiting the Judicial proceeding under the light of activism. The rupture in the juridical thought occasioned by contemporary constitutionalism has provided great changes in the State model then adopted and has exerted strong influence on the theoretical basis of constitutional law. As the Liberal State is overcome by a democratic State based on the rule of law, the thesis on the normative force of the Constitution is developed, which leads the juridical system to a wide constitutionalization of law. In this context, the phenomena of judicialization and judicial activism rise. The judicialization is presented as logical corollary of the constitutional model adopted in Brazil. On the other hand, the judicial activism is developed under the scenario of Public Powers inaction, mainly when the effectiveness of human rights provided by the Constitution is concerned. The hiatus generated by Executive and Legislative Branch makes room for an activist role performed by the Judiciary. It must, though, be guided by limits seeking harmony between the State Branches.

**Keywords:** Neoconstitutionalism. Judicial Activism. Limits.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>2 PRECEDENTES HISTÓRICOS E TEÓRICOS DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO (NEOCONSTITUCIONALISMO).....</b>	<b>12</b>
<b>3 A INFLUÊNCIA DO NEOCONSTITUCIONALISMO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....</b>	<b>18</b>
<b>4 ATIVISMO JUDICIAL: IDENTIFICAÇÃO DO FENÔMENO.....</b>	<b>22</b>
4.1 CRISE DE FUNCIONALIDADE DOS PODERES PÚBLICOS.....	24
4.2 OMISSÕES QUANTO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	29
4.3 ATIVISMO JUDICIAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: BREVE ESTUDO DE CASO.....	39
4.3.1 Obrigação do Estado em garantir creche para crianças de até cinco anos.....	40
4.3.2 Relações homoafetivas.....	45
4.3.3 Políticas afirmativas.....	50
<b>5 LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL.....</b>	<b>57</b>
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>67</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>69</b>
<b>APÊNDICE.....</b>	<b>78</b>



## 1 INTRODUÇÃO

No momento histórico atual, as bases teóricas do neoconstitucionalismo exercem forte influência sobre o Direito, notadamente o Direito Constitucional. O constitucionalismo contemporâneo, como preferem alguns, surge em contraponto a um modelo clássico arraigado nas concepções do Estado Liberal, fundadas sobre os pilares do positivismo jurídico, na ideia de centralidade da lei e supremacia do parlamento. Neste momento (final do século XIX e primeira metade do século XX), na Europa continental, as disposições constitucionais não eram aplicadas diretamente, mas permaneciam num estado de latência, aguardando a produção legislativa e a atuação administrativa para então produzirem efeitos indiretos.

A passagem da concepção clássica (constitucionalismo liberal) para a contemporânea (neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo) está atrelada a três marcos fundamentais: um histórico, um filosófico e outro teórico. Conforme Tem-se como marco histórico na Europa o período Pós-Guerra (1945) e as Constituições da Itália (1947), Alemanha (1949), Portugal (1976) e Espanha (1978). No Brasil, a ruptura histórica ocorre com a redemocratização ocorrida após o regime militar (1964-85) e a com a promulgação da Constituição Federal em 1988.

A superação do positivismo jurídico pelo pós-positivo representou, por seu turno, o marco filosófico para mudança no pensamento jurídico. Por fim, as ideias de força normativa da Constituição, construção teórica de Konrad Hesse, associadas à expansão da jurisdição constitucional e à nova hermenêutica constitucional, formam o marco teórico necessário ao desenvolvimento de uma nova concepção de Estado, o Estado Democrático de Direito.

No Brasil, no curso do desenvolvimento da doutrina neoconstitucionalista e da base filosófica do pós-positivismo, poucos não são os exemplos em que o Poder Judiciário é instado a decidir acerca de temas controversos e tormentosos localizados na fronteira tênue entre o direito e a política. É impossível precisar a quantidade de decisões acerca do direito à saúde, do fornecimento de medicamentos e tratamentos não contidos na relação nacional de medicamentos essenciais (RENAME) do sistema único de saúde (SUS), bem como relativas ao direito à educação, dentre tantas outras envolvendo direitos fundamentais.

Para ficar apenas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, podemos citar, a título meramente exemplificativo, o caso Ellwanger (HC n.º 82.424), progressão de regime em crimes hediondos (HC n.º 82.959), vedação ao nepotismo nos três Poderes (ADC N.º 12), a

união homoafetiva (ADPF n.º 132 e ADI n.º 4.277), a Lei da Ficha Limpa (ADI n.º 4.578), a restrição do uso de algemas (HC n.º 91952), utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas (ADI n.º 3.150), a fidelidade partidária (MS 26.602), ações afirmativas (ADPF n.º 186), interrupção da gestação de fetos anencéfalos (ADPF n.º 54), prisão por dívida do depositário infiel (RE 349703, RE 466343 e HC 87585), cláusula de barreira (ADI n.º 1.351 e n.º 1.354), a marcha da maconha (ADPF n.º 187 e ADI n.º 4.274), direitos das minorias parlamentares de requerer a instalação de Comissão Parlamentar de Inquérito (MS n.º 24.831), demarcação de terras indígenas (Raposa Serra do Sol - PET n.º 3.388), a Lei de Imprensa (ADPF n.º 130) e inelegibilidade e vida pregressa (ADPF n.º 144). Observa-se, como traço comum a todos esses exemplos, que as demandas deduzidas em juízo envolvem direitos extraídos diretamente da Constituição Federal.

Neste contexto, aflora o fenômeno denominado ativismo judicial, entendido como uma atitude de interpretar a Constituição, buscando estender seu sentido e alcance, ou seja, trata-se de uma conduta prima pela expansão material da Constituição através da interpretação e atividade judicial<sup>1</sup>. Esse fenômeno, convém ressaltar, não é criação nem exclusivamente brasileira<sup>2</sup>; e vem sendo utilizado como instrumento na construção de decisões criativas por órgãos jurisdicionais em todo mundo, tendo como escopo garantir e concretizar direitos deduzidos diretamente da Constituição, estejam explícitos ou não.

Em que pese o relevo das decisões baseadas no ativismo judicial, o fenômeno não está imune a críticas. Seu estudo ainda é tema que leva a grandes controvérsias no seio jurídico, seja na doutrina ou na jurisprudência. Aduzem alguns que o Judiciário não seria o órgão técnico capaz de tomar decisões políticas ou teria como mensurar os efeitos sistêmicos da sua decisão. Outrossim, afirmam que decisões ativistas violariam a separação dos Poderes e que haveria a conseqüente interferência do Judiciário em questões que não lhe são afetas. Alega-se, ainda, que não há parâmetros, ficando as decisões sujeitas a subjetivismo e emoções do julgador.

Conforme referido supra, o fenômeno do ativismo judicial interfere diretamente na vida social e na atuação dos poderes estatais, de modo que seu estudo comporta, desde já, grande aplicação prática. Ante o latente reflexo que o tema traz às situações cotidianas,

- 1 BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 09 jan 2014. p.6
- 2 BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos**: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a\\_americanizacao\\_do\\_direito\\_constitucional\\_e\\_seus\\_paradoxos.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_americanizacao_do_direito_constitucional_e_seus_paradoxos.pdf)>. Acesso em 09 jan 2014.

aprofundar o estudo sobre o fenômeno do ativismo judicial, sua utilização como instrumento modificador da realidade social e concretizador de direitos fundamentais representa contribuição para a ciência jurídica que, neste ponto, ainda não alcançou maturidade suficiente.

Nesse diapasão, pretende-se, com a presente pesquisa, estudar como o ativismo judicial se apresenta na jurisprudência pátria, notadamente no Supremo Tribunal Federal, buscando identificar quais decisões foram realmente ativistas. Pretende-se, ainda, analisar se há parâmetros de atuação definidos ou em viés de definição na doutrina e jurisprudência, na tentativa de proceder a uma sistematização da matéria. De bom alvitre pontuar que não é a pretensão deste trabalho rotular este ou aquele juiz ou Tribunal como ativista ou passivista, mas sim tentar compreender o fenômeno.

Nesse compasso, a presente pesquisa, primeiramente, incursionar-se-á através das bases teóricas do constitucionalismo clássico, trazendo a lume os precedentes históricos, filosóficos e teóricos do constitucionalismo contemporâneo, na tentativa de compreender o contexto em que ocorreu a ruptura no pensamento jurídico e a mudança do Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito. Tem-se por escopo identificar as principais transformações ocorridas na teoria do direito constitucional, pontuando as características fulcrais do neoconstitucionalismo.

Na sequência, desenvolver-se-á estudo relativo à influência que o constitucionalismo contemporâneo exerce sobre a Constituição Federal de 1988, principalmente através do fenômeno da constitucionalização do direito. Ademais, enfrentar-se-á a questão da judicialização como consectário do modelo constitucional adotado no Brasil, bem como o desenvolvimento do ativismo judicial no contexto de normatividade constitucional e omissão institucional.

Superadas as etapas acima, o trabalho pretende debruçar-se sobre o fenômeno do ativismo judicial. Inicialmente, será dado enfoque às várias acepções e conceitos que o termo adquiriu desde que foi cunhado. Demais disso, serão enfrentadas questões atinentes à crise de funcionalidade dos Poderes Públicos, à omissão quanto à formulação e implementação de políticas públicas e à influência do ativismo judicial na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, chega-se ao ponto fulcral da presente investigação, qual seja, a necessidade de se impor alguns limites à atuação jurisdicional. Nesta etapa, serão trabalhadas questões atinentes à legitimidade da jurisdição constitucional, a ausência de *expertise* do

Poder Judiciário para decidir sobre alguns temas, bem como os indesejáveis efeitos sistêmicos e subjetivismos das decisões.

No que tange ao método, vê-se que o estudo ora proposto pode ser classificado quanto à natureza da pesquisa em básicas ou puras e aplicadas<sup>3</sup>. O fenômeno do ativismo é atual e instigante, carecendo de maior desenvolvimento doutrinário, ou seja, a presente pesquisa tem o objetivo de gerar conhecimento para o desenvolvimento da ciência, haja vista que ainda não atingiu a maturidade necessária. Ademais, tem aplicação prática, porquanto os magistrados são instados diuturnamente a decidir sobre questões complexas, para o que a aplicação pura da lei ao caso concreto deduzido em juízo não é suficiente. Embora tenha esse objetivo.

Ademais, no que é pertinente ao objetivo, a presente investigação classifica-se em exploratória, pois se esforça por colher informações acerca do ativismo judicial com vistas a aprimorar e desenvolver os conhecimentos a serem trabalhados<sup>4</sup>. Quanto à técnica ou ao procedimento técnico, será feito uso da documentação indireta por meio de pesquisa bibliográfica e documental<sup>5</sup>.

Inicialmente, a coleta será exploratória, com o escopo de reunir o maior acervo documental e bibliográfico disponível ao pesquisador. Primordialmente, será buscada fundamentação na doutrina do direito constitucional, ciências políticas e teoria do Estado acerca da problemática ora levantada em livros, artigos, publicações periódicas, impressos diversos etc. Inobstante ao engendrado, far-se-á também um levantamento de precedentes

---

3 Consoante Prodanov e Freitas (2013, p.48), as pesquisas podem ser classificadas quanto a sua natureza, aos seus objetivos e ao seu procedimento. Ainda, segundo o autor, quanto a natureza, as pesquisas podem ser básicas ou puras e aplicadas. A pesquisa básica ou pura “objetiva gerar conhecimentos novos úteis para o avanço da ciência sem aplicação prática prevista” enquanto a aplicada tem como objetivo “gerar conhecimentos para aplicação prática dirigidos à solução de problemas específicos” (PRODANOV; FREITAS; 2013, p. 51).

4 No que tange aos objetivos, conforme a lição de Gil (2002, p. 41) as pesquisas científicas podem ser classificadas quanto aos objetivos em três grupos, quais sejam, (a) exploratórias, (b) descritivas e (c) explicativas. Aduz ainda o autor que (2013, p. 41), as pesquisas exploratórias “tem como objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a construir hipóteses. Pode-se dizer que estas pesquisas têm como objetivo principal o aprimoramento de ideias ou a descoberta de instituições. Seu planejamento é, portanto, bastante flexível, de modo que possibilite a consideração dos mais variados aspectos relativos ao fato estudado”. No mesmo sentido, para Prodanov e Freitas (2013, p. 51-52) as pesquisas exploratórias “tem como finalidade proporcionar mais informações sobre o assunto que vamos investigar, possibilitando sua definição e seu delineamento, isto é, facilitar a delimitação do tema da pesquisa; orientar a fixação dos objetivos e a formulação das hipóteses ou descobrir um novo tipo de enfoque para o assunto. Assume, em geral, as formas de pesquisas bibliográficas e estudos de caso”.

5 Segundo Lakatos e Marconi (2003, p. 174) técnica “é um conjunto de preceitos ou processos de que se serve uma ciência ou arte; é a habilidade para usar esses preceitos ou normas, a parte prática. Toda ciência utiliza inúmeras técnicas na obtenção de seus propósitos”. Gil (2002, p. 44-45) destaca que a pesquisa bibliográfica caracteriza-se pela utilização de material já publicado enquanto a documental funda-se em “materiais que ainda não receberam um tratamento analítico, ou que podem ser reelaborados de acordo com os objetivos da pesquisa”.

judiciais formadores de jurisprudência por todos os Tribunais de Justiça, pelos Tribunais Regionais Federais, pelo Superior Tribunal de Justiça e, especialmente, pelo Supremo Tribunal Federal acerca das temáticas propostas.

Após, far-se-á uma leitura seletiva da bibliografia reunida, bem como a análise dos documentos arrecadados visando a excluir o material sem relevância para o tema, evitando o desperdício de tempo e esforço intelectual. Feito isso, será o momento de realizar a leitura analítica e interpretativa com a confecção de fichamentos para posterior construção do trabalho.

## 2 PRECEDENTES HISTÓRICOS E TEÓRICOS DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO (NEOCONSTITUCIONALISMO)

O constitucionalismo clássico teve como base filosófica e política as ideias que cercaram o movimento Iluminista (século XVIII). O principal anseio desse movimento era limitar a atuação do Estado em face do indivíduo. Havia, nesse momento histórico, a preocupação em garantir aos indivíduos direitos negativos ou de abstenção, também denominados de primeira dimensão<sup>6</sup>, compreendidos no direito à propriedade, à liberdade e à igualdade<sup>7</sup>. Outra não poderia ser a preocupação, afinal, antes da formação do Estado Liberal, vivia-se na Europa o modelo do Antigo Regime, segundo o qual o soberano era absoluto e infalível. Naquele contexto de concentração de poderes numa só figura estatal, o constitucionalismo ganha força e desemboca na independência das treze colônias (EUA, 1776) e na Revolução Francesa (1789), com a consequente formação do Estado Liberal e das primeiras Constituições (EUA, em 1787, e Francesa, em 1791).

No Estado Liberal, a Constituição permanecia em um estado de latência, sem vida, “cujas normas não eram autoaplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador.”<sup>8</sup>. Neste sentido, segundo Mendes e Branco<sup>9</sup>, “a falta de operatividade jurídica da Constituição se devia à sobrevalorização da supremacia da lei e do Parlamento”. Vê-se que o constitucionalismo clássico ficou caracterizado, portanto, pela rígida separação de poderes, supremacia do parlamento,

6 Alguns autores preferem o termo “dimensão” ao termo “geração” ao se referir às categorias de direitos fundamentais. Aduzem que o termo de “geração” pode conduzir o interprete, erroneamente, a ideia de superação cronológica das gerações de direito, ou seja, como se a geração atual superasse as gerações antecedentes. Aqui, por questões metodológicas, far-se-á uso da expressão “dimensões de direitos fundamentais”. Cf. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 34-35: “a ideia das gerações sugere uma substituição de cada geração pela posterior enquanto no âmbito do que nos interessa nunca houve abolição dos direitos das anteriores gerações como indica claramente a Constituição brasileira de 1988 que inclui indiscriminadamente direito de todas as 'gerações'. Além disso, o termo 'gerações' não é cronologicamente exato. Sem se aprofundar nos aspectos históricos, pode-se indicar que já havia direitos sociais (prestações do Estado) garantidos nas primeiras Constituições e Declarações do século XVIII e inícios do século XIX” (grifo do original); Preferindo o termo gerações, contudo, sem se aprofundar no debate: MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

7 O sentido de igualdade no Estado Liberal comportava apenas a núcleo formal de seu conteúdo, ou seja, todos deveriam receber o mesmo tratamento do Estado e, portanto, da lei, independente de suas condições individuais específicas (econômicas, sociais etc.). A igualdade substancial ou material é uma vitória do Estado Constitucional de Direito e se inclui na segunda dimensão de direitos fundamentais.

8 BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo**. Disponível em: <[http://www.oab.org.br/editora/revista/revista\\_11/artigos/constituicaodemocraciasupremaciajudicial.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciasupremaciajudicial.pdf)>. Acesso em: 09 jan. 2014. p. 4.

9 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 41.

centralidade da lei e inefetividade da Constituição.

O modelo constitucional clássico e o Estado Liberal passam a não atender mais o desenvolvimento e as necessidades da sociedade moderna, ocorrendo a ruptura no pensamento jurídico.

Barroso<sup>10</sup> identifica três marcos fundamentais que culminaram com a superação do constitucionalismo clássico e do Estado Liberal. Como marco histórico, o autor identifica o pós-guerra (1949), notadamente com a promulgação das Constituições da Itália (1947), Alemanha (1949), Portugal (1976) e Espanha (1978), bem como a criação de suas respectivas cortes constitucionais. No Brasil, o desenvolvimento da doutrina neoconstitucional ocorre de forma tardia. Em contraponto à Europa continental, como marco histórico identifica-se o período de redemocratização após o regime militar (1964-85) e a promulgação da Constituição Federal em 1988<sup>11</sup>.

Prossegue o autor identificando o marco filosófico na reaproximação entre o direito e a filosofia. A confluência entre as escolas jusnaturalistas e positivistas resulta no pós-positivismo. Importante, nesse contexto, trazer à baila a lição de Freitas Barros<sup>12</sup>:

Ora, a superação do positivismo jurídico e a adoção (ou ainda construção) de um modelo pós-positivista, não poderia deixar de ter reflexos no ramo jurídico mais especial e eloquente: o Direito Constitucional. Se o constitucionalismo clássico não mais atende as necessidades impostas por um novo marco filosófico (pós-positivismo) é natural que sofra as transformações do ambiente, permitindo que, com as construções teóricas paulatinas, se passe a perceber um novo modelo de Estado de Direito. O Neoconstitucionalismo, portanto, nada mais é do que o pós-positivismo aplicado ao ambiente constitucional. Os prefixos “neo” e “pós”, contudo, têm uma razão de ser, já que indicam a presença de inovações no constitucionalismo, que precisam ser reforçadas e sistematizadas, de modo a permitir uma compreensão deste tempo.

Por fim, Barroso<sup>13</sup>, identifica três grandes transformações no plano teórico: a) reconhecimento da força normativa da Constituição<sup>14</sup>; b) expansão da jurisdição

10 BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo**, op. cit., p. 3.

11 BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo**, op. cit., p. 7-8: “O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis. Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir da sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada”.

12 FREITAS BARROS, Marcus Aurélio de. **Perfis do controle jurisdicional de políticas públicas**: parâmetros objetivos e tutela coletiva. 2006. 231 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2006. p. 24.

13 BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo**, op. cit., p. 6.

14 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso**, op. cit., p. 34: “O reconhecimento do

constitucional e; c) desenvolvimento da hermenêutica constitucional.

Convém esclarecer que tais marcos identificados por Barroso são relativos ao desenvolvimento da teoria do neoconstitucionalismo na Europa continental. Nos EUA, por sua vez, o desenvolvimento teórico que deu aporte ao neoconstitucionalismo ocorreu ainda no início século XIX<sup>15</sup>. Segundo Mendes e Branco<sup>16</sup>, havia nos EUA um solo fértil para o desenvolvimento da normatividade da constituição e do papel contramajoritário da Jurisdição Constitucional:

Na República americana, em que os dois poderes fundamentais do Estado procediam da mesma fonte de legitimidade, o voto popular abriu-se margem à discussão de outro problema, que somente ocupará os europeus em um momento histórico posterior – a questão da proteção das minorias. Reparou-se que esse objetivo exigia que os limites dos poderes estivessem bem delineados em um documento vinculante insuscetível de ser alterados pelas mesmas maiorias contra as quais as limitações eram dispostas.

Ainda em 1803, no conhecido caso *Marbury vs. Madison*, a Suprema Corte americana reconheceu a supremacia da Constituição, lançou as bases do *judicial review* e identificou no Poder Judiciário o Órgão último da interpretação constitucional<sup>17</sup>.

O reconhecimento e desenvolvimento, na doutrina, acerca da força normativa da constituição foram de fundamental importância para o desenvolvimento do neoconstitucionalismo. Konrad Hesse<sup>18</sup>, ainda em 1959, contesta a Teoria de Ferdinand Lassalle, ao destacar que não deve haver cisão entre a Constituição e a realidade, nos seguintes termos:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas da sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. (grifo do original)

Segue o autor identificando que a Constituição não se cinge, apenas, a uma

---

valor jurídico das constituições na Europa continental tardou mais do que na América. Na Europa, os movimentos liberais, a partir do século XVIII, enfatizaram o princípio da supremacia da lei e do parlamento, o que terminou por deixar ensombrecido o prestígio da Constituição como norma vinculante”.

15 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso*, op. cit., p. 44: “Do lado de cá do Atlântico, diferentemente, desde o início do século XIX, é reconhecido o valor normativo da Constituição como documento máximo da ordem jurídica”.

16 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso*, op. cit., p. 44-45.

17 BARROSO, Luís Roberto. *A americanização do direito*, op. cit. 18 e s.

18 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. p. 14-15.



expressão da realidade (ser), mas também é condicionante dessa realidade (dever ser)<sup>19</sup>. Inobstante, aponta que uma Constituição, para desenvolver-se, deve se vincular “a uma situação histórica concreta e suas condicionantes”<sup>20</sup>. Adiante, conclui<sup>21</sup> que:

a força normativa da Constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegerwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem (grifo do original).

As teses de Konrad Hesse abriram espaço para superação da supremacia da lei e do parlamento. A Constituição, agora dotada de força normativa, é reconhecida como norma jurídica, passando a ocupar o espaço de importância que era dado à legislação ordinária. Destarte, a Constituição deixa de disciplinar apenas “o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado”<sup>22</sup>. Com efeito, dispõe Paulo Bonavides<sup>23</sup>:

quanto mais a lei se “dessacraliza” e fica minguate com a erosão de sua legitimidade, mais cresce e pontifica a Constituição, sede maior da nova legitimidade, e que desempenha o sumo papel de inspiradora, ordenadora e diretora de todo o ordenamento jurídico.  
A constituição é cada vez mais, num consenso que se vai cristalizando, a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania. A época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação dos poderes. (grifo do original)

Destarte, a Constituição assume a centralidade do ordenamento jurídico – como consequência do reconhecimento de sua normatividade –, passando a ser o paradigma de criação, interpretação e aplicação do direito como um todo. Neste esteio, apresenta relevo o desenvolvimento da jurisdição constitucional que, conforme lição de Tavares<sup>24</sup>, constitui a “forma de procedimentalização judicialiforme que visa à atuação (realização e proteção) da

19 HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**, op. cit. pág. 15.

20 HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**, op. cit. pág. 16.

21 HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**, op. cit. pág. 18.

22 BARROSO, Luís. Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, op. cit. pág. 382.

23 BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estud. av.** [online], São Paulo, 2004, vol.18, n.51, pp. 127-150. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf>>. acessos em 6 jan. 2014. p. 127.

24 TAVARES, André Ramos. Jurisdição constitucional. In: DIMOULIS, Dimitri et al (Org.). **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 317-319.

Constituição”, ou seja, é a aplicação das normas constitucionais pelos Órgãos do Poder Judiciário na resolução de uma demanda que foi judicializada.

Conforme abordam Mendes e Branco<sup>25</sup>, a interpretação constitucional é “a atividade destinada a descobrir o sentido de uma Constituição”. Com efeito, tal aplicação tem exigido do intérprete o desapego às regras clássicas de interpretação do direito. Ainda, segundo os autores<sup>26</sup>, a doutrina constitucional desenvolveu alguns princípios específicos da interpretação constitucional, dentre os quais podem-se destacar o “princípio da unidade da Constituição, da concordância prática, da correção funcional, da eficácia integradora e da força normativa da Constituição”. Ao lado desses princípios, ressalta-se, ainda, a interpretação conforme a constituição<sup>27</sup>.

Neste esteio, Tavares<sup>28</sup> indica que a aplicação tem exigido algumas peculiaridades<sup>29</sup>, dentre as quais, “a supremacia da Constituição, a utilização de normas abstratas e de princípios, o tratamento dos direitos fundamentais e dos poderes e a regulamentação da esfera política.”

Barcelos<sup>30</sup> sintetiza com objetividade e clareza as principais características do neoconstitucionalismo, dividindo-as em dois grupos, a saber, metodológico-formal e material. Dentre as características metodológicas-formais, a autora aponta a “(i) normatividade da Constituição, (ii) superioridade da Constituição e (iii) centralidade da Constituição nos sistemas jurídicos”. Nas materiais, por sua vez, estão a “(i) incorporação explícita de valores e opções políticas pela Constituição e (ii) expansão dos conflitos entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional”.

Expõe a autora, ainda, que, após a consolidação das bases teóricas do neoconstitucionalismo, o direito passa por uma fase de transição, qual seja, a de concretização destes marcos teóricos. Nesse diapasão, a doutrina tem empenhado esforços em elaborar

25 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. 2012. p. 92.

26 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso**, op. cit. p. 106

27 No mesmo sentido, Cf. PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. O autor identifica nada menos do que onze princípios de interpretação da constituição, quais sejam, supremacia constitucional, interpretação conforme Constituição, unidade da Constituição, efetividade, força normativa da Constituição, efeito integrador, justeza ou conformidade funcional, concordância prática (harmonização ou cedência recíproca), coloquialidade, interpretação intrínseca e proporcionalidade.

28 AVARES, André Ramos. Interpretação constitucional. In: DIMOULIS, Dimitri et al (Org.). **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 303.

29 No mesmo sentido, Barroso aponta a normatividade dos princípios, a técnica da ponderação e a utilização da razão prática na argumentação jurídica como características da interpretação constitucional (BARROSO, Luis Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos**, op. cit. p.11)

30 BARCELOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em: 10 jan 2013, p. 2

técnicas jurídicas que possam ser utilizadas na aplicação diuturna do direito, ou seja, na construção de uma “dogmática consistente e utilizável na prática jurídica”<sup>31</sup>. Enumera, exemplificadamente, (i) a eficácia jurídica dos princípios constitucionais, (ii) o controle das omissões inconstitucionais, (iii) a releitura do direitos ordinário a luz do texto constitucional e (iv) o controle de políticas públicas como instrumentos destinados à concretização do neoconstitucionalismo na práxis jurídica.

Vê-se que o reconhecimento da normatividade da Constituição promoveu grande revolução do pensamento jurídico. A consolidação das teses de Konrad Hesse na segunda metade do século XX elevou a Constituição ao centro do ordenamento jurídico. A Constituição passa a ser o ponto fulcral do ordenamento, assumindo a posição hierárquica superior. As disposições constitucionais assumem a função de paradigma para produção, interpretação e aplicação do direito. Ao passo que impõe limites e deveres, materiais e formais, à conformação do direito pelos entes estatais, estabelece as balizas hermenêuticas do intérprete.

Com efeito, parte-se da Constituição para produzir, interpretar e aplicar o direito, devendo, igualmente, as respostas obtidas ter compatibilidade com as disposições contidas na norma fundamental. Observa-se que o texto constitucional passa a ser o ponto inicial e final da atividade jurídica.

Outrossim, a ampla constitucionalização promovida pelo constitucionalismo contemporâneo, através da incorporação de valores e opções políticas, contribuiu para a expansão formal e material dos textos constitucionais. A opção feita pelo constituinte originário ampliou os conflitos filosóficos e políticos existentes no sistema. Os direitos fundamentais estão em constante colisão (direito à intimidade e vida privada *versus* direito à informação e expressão; valores sociais do trabalho *versus* livre iniciativa; direito de reunião *versus* direito de ir e vir), sendo esses conflitos reflexo das diferentes pretensões presentes no texto. Aqui, a tarefa do aplicador do direito é árdua, a harmonização no plano concreto de pretensões tão antagônicas reclama soluções difíceis, impondo um verdadeiro ônus argumentativo.

---

31 BARCELOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo**, op. cit., p. 3.

### 3 A INFLUÊNCIA DO NEOCONSTITUCIONALISMO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Conforme anunciado acima, o desenvolvimento da doutrina neoconstitucional ocorreu de maneira tardia no direito brasileiro. O movimento de constitucionalização do direito só ocorre a partir da redemocratização vivida no final da década de 80 do século XX. É apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que ocorre a mudança de paradigma, eis que a Carta Política assume o posto de centralidade do ordenamento jurídico brasileiro. Deste então, é crescente o movimento de constitucionalização do direito.

Por um lado, diversas matérias que não eram afetas à Constituição foram erigidas ao patamar constitucional. Ocorre uma evidente expansão material e formal da Constituição. Outro lado, os princípios constitucionais e os direitos fundamentais passam a ser frequentemente utilizados para dar sentido, alcance e concretude nos diversos ramos do direito infraconstitucional.

Vê-se, portanto, que o processo de constitucionalização pode ser analisado sob duas vertentes. A uma, sob a ótica da incorporação, pelo texto constitucional, de institutos dos diversos ramos do direito ordinário, *verbi gratia*, direito civil<sup>32</sup>, trabalho<sup>33</sup>, administrativo<sup>34</sup>, tributário<sup>35</sup>, dentre outros. A duas, sob a ótica do que a doutrina costuma denominar “irradiação das normas constitucionais” ou “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”<sup>36</sup>.

A Constituição Federal de 1988 foi pródiga no processo de constitucionalização. Neste sentido, incorporou ao seu texto direitos e garantias individuais e coletivas – alçados ao patamar de direitos fundamentais<sup>37</sup> –, bem como valores morais e políticos da sociedade<sup>38</sup> e políticas públicas<sup>39</sup>. Outrossim, conferiu caráter cogente e aplicabilidade imediata às normas definidoras de direitos fundamentais<sup>40</sup>, além de ter reconhecido direitos e garantias decorrentes do regime de direitos e **princípios** adotados e dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte<sup>41</sup>.

32 Uma rápida leitura nos incisos do art. 5º, CF/88, permite concluir que diversas matérias do direito civil foram incorporadas no texto constitucional, a título exemplificativos podemos citar: propriedade (XXII ao XXIX), sucessões (XXX e XXXI), consumidor (XXXII).

33 Art. 7º e 8º, CF/88.

34 Arts. 37 e ss, CF/88.

35 Arts. 145 e ss, CF/88.

36 Cf. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008., em especial o capítulo 7.

37 Arts. 5º e s., CF/88.

38 Arts. 1º, 3º e 4º, CF/88.

39 Título VIII, CF/88 (arts. 193 a 232).

40 Art. 5º, §1º, CF/88.

41 Art. 5º, §2º, CF/88. A CF/88 reconheceu expressamente a normatividade dos princípios, porquanto dispôs que

No mesmo sentido, a Emenda Constitucional n.º 45/04 conferiu ao Poder Legislativo da União a possibilidade de incorporar os tratados internacionais de direitos humanos ao texto constitucional. Para tanto, é necessário que os tratados sejam aprovados pelo mesmo rito exigido para a votação e aprovação de emendas à constituição. Aprovados segundo esse procedimento, os tratados internacionais de direitos humanos passam a ser formal e materialmente constitucionais.

Não se pode olvidar que o STF reconheceu o *status* de supralegalidade aos tratados sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico pátrio pelo procedimento comum<sup>42</sup>. Na oportunidade, o Supremo entendeu que tais tratados eram capazes de revogar a legislação infraconstitucional com ele incompatível. Com base nessa argumentação, erigiu ao *status* de supralegalidade o Tratado Interamericano de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e declarou a inconstitucionalidade da prisão civil por dívida, salvo no caso do devedor de alimentos<sup>43</sup>.

O movimento da constitucionalização, associado ao reconhecimento da força normativa da Constituição, importa num aumento crescente de demandas propostas ao Judiciário deduzindo direitos extraídos diretamente do texto constitucional. Esse fenômeno é chamado por Barroso<sup>44</sup> de judicialização. Segundo o autor, a “judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”<sup>45</sup>. Isso significa que questões antes afetas apenas ao campo político (promoção de políticas públicas, por exemplo) foram constitucionalizadas e estão sendo diuturnamente postas à manifestação do Poder Judiciário.

A judicialização, no Brasil, surge enquanto um dos consectários da opção feita pelo constituinte originário (e do derivado também, porquanto o rol de direitos fundamentais tem sido acrescido constantemente<sup>46</sup>) em trazer para o texto constitucional, como anunciado

---

os direitos e garantias expressos na CF/88 não excluem os que possam ser deduzidos a partir do regime de princípios por ela adotados.

42 Antes inclusão do parágrafo 3º, no Art. 5º, CF/88, os tratados internacionais, qualquer que seja o seu objeto (de direitos humanos ou não), era incorporado ao ordenamento jurídico pátrio pelo procedimento previsto nos art. 84, VIII, 49, I, CF/88, compete ao Presidente da República, na qualidade de Chefe de Estado, celebrar tratados e convenções internacionais, cabendo ao Congresso Nacional, através da edição do decreto legislativo, resolver sobre a incorporação do tratado. Após aprovado, o decreto legislativo vai para ratificação do Presidente da República e posterior publicação na imprensa oficial

43 RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, Dje-104, DIVULG 04-06-2009, PUBLIC 05-06-2009, EMENT VOL-02363-06, PP-01106, RTJ VOL-00210-02, PP-00745, RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165.

44 BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: Direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <  
[http://www.oab.org.br/editora/revista/revista\\_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf)>.  
Acesso em: 09 jan. 2014

45 BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**, op. cit. p. 6.

46 A emenda constitucional n.º 26/2000, por exemplo, acrescentou o direito à moradia ao rol do art. 6º, CF/88, a

acima, um amplo leque de direitos humanos, denominados de fundamentais após a inserção na Constituição, imbuídos de valores morais e políticos da sociedade e políticas públicas. A escolha foi realizada num momento de ruptura constitucional, vindo de um período em que foram vivenciadas reiteradas violações de direitos individuais pelo regime de ditadura militar que antecedeu a promulgação da Constituição de 1988<sup>47</sup>.

Ao mesmo passo, a Constituição que incorporou ao seu texto direitos, valores e políticas, legitimou também todos os órgãos do Poder Judiciário (do juiz singular de primeiro grau de jurisdição até o Supremo Tribunal Federal, seu órgão de cúpula no Brasil) a fazer valer seus termos, porquanto instituiu os sistemas de controle difuso e concentrado de constitucionalidade dos atos dos Poderes Públicos.

A partir do momento em que as disposições constitucionais adquirem normatividade (isto é, passam a ser reconhecidas como normas jurídicas) e que ocorre a constitucionalização de direitos, valores morais e políticas públicas, é possível deduzir direitos diretamente do texto constitucional e demandar a sua tutela ao Poder Judiciário em caso de violação ou omissão em efetivar por parte dos Poderes Estatais, exigindo-se, neste particular, técnicas específicas<sup>48</sup>.

É possível atribuir, ainda, como uma das causas da judicialização no Brasil, à roupagem institucional que receberam o Ministério Público e a Defensoria Pública na Constituição Federal de 1988. Ao Ministério Público são conferidas diversas atribuições que vão além do seu papel clássico de promover a ação penal. O art. 127, *caput*, CF/88, estatui que cabe ao Ministério Público defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis. O *Parquet* assume posição destacada na defesa dos interesses difusos e coletivos, bem como dos individuais indisponíveis, notadamente em áreas como saúde, segurança pública, patrimônio público, meio ambiente, proteção à criança, adolescente e idoso, dentre tantos outros<sup>49</sup>.

---

n.º 64/2010, por sua vez, acrescentou o direito à alimentação ao aludido rol.

47 SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <<http://direitoesubjetividade.files.wordpress.com/2010/08/daniel-sarmento-o-neoconstitucionalismo-no-brasil.doc>>. Acesso em: 07 de abr de 2014. p. 6: “a [Constituição] de 1969 garantia os direitos à liberdade, à integridade física e à vida, mas as prisões ilegais, o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura campeavam nos porões do regime militar. Nesta última quadra histórica, conviveu-se ainda com o constrangedor paradoxo da existência de duas ordens jurídicas paralelas: a das constituições e a dos atos institucionais, que não buscavam nas primeiras o seu fundamento de validade, mas num suposto poder revolucionário em que estariam investidas as Forças Armadas”.

48 BARCELOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo**, op. cit., p. 5: “a partir do momento em que valores e opções políticas transformam-se em normas jurídicas, tornou-se indispensável desenvolver uma dogmática específica, capaz de conferir eficácia jurídica a tais elementos normativos”.

49 Neste sentido, o art. 129, incisos, CF/88, atribuem diversas funções institucionais ao Órgão Ministerial, dentre as merecem destaque: II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III -

A Defensoria Pública, embora embrionária na maioria dos Estados da Federação, foi alçada à posição de órgão de orientação jurídica e defesa, em todos os graus, aos necessitados (art. 134, *caput*, CF/88). Vê-se que, como ocorreu com o Ministério Público, a Defensoria agrega outras atribuições além da clássica defesa dos acusados no processo penal, pois não houve qualquer limitação da área de atuação pelo constituinte originário. O único requisito é ser o assistido necessitado na forma do art. 5º, LXXIV, CF/88<sup>50</sup>.

Outrossim, ao magistrado não é dada a faculdade de decidir ou não. Sendo posta à sua apreciação uma demanda, ele tem a obrigação de exarar uma decisão fundamentada<sup>51</sup>. É nesse contexto que surge o fenômeno do ativismo judicial que, consoante lição de Barroso (2008), “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a constituição, expandindo o seu sentido e alcance”.

Demais disso, o autor identifica que esse fenômeno é crescente ante a omissão de outros poderes estatais em exercer o seu mister constitucional. Numa democracia onde há uma disfunção em algum dos poderes estatais, conseqüentemente outro poder vai ocupar essa lacuna<sup>52</sup>. Diversas são as críticas apresentadas a esse agir proativo<sup>53</sup>. Faz-se necessário, assim, aprofundar o estudo desse fenômeno e de suas linhas demarcatórias.

---

promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

50 O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

51 O art. 5º, XXXV, CF/88, estabelece a garantia de inafastabilidade da jurisdição, dispondo que a lei não pode afastar da tutela jurisdicional lesão à direito ou ameaça de lesão; O art. 93, IX, CF/88, por sua vez, dispõe que todas as decisões do Poder Judiciário serão públicas e fundamentadas; o art. 126, CPC, por fim, determina que o juiz não pode deixar de julgar alegando obscuridade ou lacuna legal, devendo recorrer à técnicas de integração do direito.

52 BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2014, p.6: “[o ativismo] Normalmente se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”.

53 'Ativismo' do STF foi resposta ao esquema do mensalão, diz ministro. **Folha de São Paulo**. Poder. 16 jun. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/06/1294197-ativismo-do-stf-foi-resposta-ao-esquema-do-mensalao-diz-ministro.shtml>>. Acesso em: 06 jan. 2014:

SOARES, Nicolau. Ayres Britto descarta "ativismo" e diz que STF age contra "inércia" do Congresso. **Rede Brasil Atual**. São Paulo. 20 mai. 2013. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2013/05/ayres-britto-rechaca-acusacao-de-ativismo-judiciario-e-defende-atuacao-do-stf-6629.html>>. Acesso em: 06 jan. 2014;

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um "ativismo judicial" sem precedentes - Luiz Flávio Gomes. **Clubjus**, Brasília-DF: 31 maio 2009. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?coluna=371>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

#### 4 ATIVISMO JUDICIAL: IDENTIFICAÇÃO DO FENÔMENO

O termo ativismo judicial comporta várias acepções. Segundo Barroso<sup>54</sup> (2012, p. 385-386) a expressão foi cunhada nos EUA, inicialmente para identificar a atuação da Suprema Corte no período que Earl Warren foi presidente (1954-69)<sup>55</sup>, tendo assumido, posteriormente, uma conotação negativa relacionada ao “ao exercício impróprio do poder judicial<sup>56</sup>”. Adotando uma conotação negativa da expressão ativismo judicial, Ramos<sup>57</sup> aduz que:

por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.

Tavares<sup>58</sup>, ao conceituar o termo, aponta, primeiramente, que o ativismo, quando associado à Jurisdição Constitucional, “tem assumido uma conotação negativa”. Aduz o autor que a expressão tem sido utilizada para designar uma atuação expansiva do Poder Judiciário, como apresentada por Ramos, ou seja, para além das suas funções tradicionais, concluindo que “a expressão, contudo, passou a ter seu uso alargado para atacar toda e qualquer decisão judicial que não pode ser captada pela teoria clássica formada nos albores do liberalismo”. Com efeito, prossegue o autor, apresentando outro conceito da expressão:

54 BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 385

55 BARROSO, Luis Roberto. **O controle**, op. cit., p. 385-386. Segundo o autor esse período ficou marcado por uma “uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial”. O autor corrobora sua posição citando os seguintes casos: “considerou-se ilegítima a segregação racial nas escolas (Brown v. Board of Education, 1954); foram assegurados aos acusados em processo criminal o direito de defesa por advogado (Gideon v. Wainwright, 1963) e o direito à não autoincriminação (Miranda v. Arizona, 1966); e de privacidade, sendo vedado ao Poder Público a invasão do quarto de um casal para reprimir o uso de contraceptivos (Griswold v. Connecticut, 1965). Houve decisões marcantes, igualmente, no tocante à liberdade de imprensa (New York Times v. Sullivan, 1964) e a direitos políticos (Baker v. Carr, 1962). Em 1973, já sob a presidência de Warren Burger, a Suprema Corte reconheceu direitos de igualdade às mulheres (Richardson v. Frontiero, 1973), assim como em favor dos seus direitos reprodutivos, vedando a criminalização do aborto até o terceiro mês de gestação (Roe v. Wade)”.

56 BARROSO, Luis Roberto. **O controle**, op. cit., p. 385

57 RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, P. 97.

58 TAVARES, André Ramos. Ativismo judicial. In: DIMOULIS, Dimitri et al (Org.). **Dicionário brasileiro**, op. cit., p. 62-63.



Em sentido técnico, mais apurado, a grande parte do que é tachado como “ativismo judicial” identifica-se com a chamada vertente “substantiva” da Justiça, menos distante de problemas constitucional-sociais. Outra parte do ativismo, em sentido ainda pejorativo, diz respeito às decisões judiciais de cunho estritamente político e, portanto, nitidamente contrárias aos pressupostos constitucionais de atuação do Judiciário ou da Justiça Constitucional. Eis aqui, nesta última dimensão, o sentido útil do combate ao ativismo judicial.

Trata-se de tema que aflorou, com toda sua intensidade, a partir da emergência de três pressupostos históricos: I – abandono do constitucionalismo liberal, reducionista e socialmente descompromissado; II – manutenção do modelo de Justiça Constitucional e de sua função de tutela e realização dos ditames constitucionais por essa Justiça; III – déficit material na realização dos direitos nos Estados sociais periféricos. Esses pressupostos passaram a exigir uma atuação específica do Judiciário e da Justiça Constitucional, que não pode ser reconduzida à teoria constitucional do final do século XVIII. Esse descompasso permitiu que se forjasse um enquadramento dessas novas facetas da Justiça no limiar do século XXI, como sendo inadequadas, inconsistentes e indesejadas (utilizando-se referencial setecentista), e, portanto, políticas.

Silva<sup>59</sup>, por seu turno, próximo ao conceito apresentado por Barroso, caracteriza a expressão como “um modo pró-ativo de interpretação constitucional pelo Poder Judiciário”, concluindo que “é uma forma de interpretação constitucional criativa, que pode chegar até a constitucionalização de direitos, pelo que se pode dizer que se trata de uma forma especial de interpretação também construtiva”.

Vê-se que é traço comum a todas as posições apresentadas uma atuação da jurisdição constitucional para além das funções clássicas construídas durante o predomínio do Estado Liberal. A diferença reside, por sua vez, na ótica pelo qual o fenômeno é visto pelas correntes doutrinárias. Barroso<sup>60</sup> identifica três características por meio das quais se manifesta o ativismo judicial, a saber:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição e; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matérias de políticas públicas.

Adiante, o autor identifica a autocontenção como sendo o outro lado da moeda, isto é, o contraponto ao ativismo judicial, doutrina em que predomina um maior respeito às escolhas dos entes estatais. Tal atuação caracteriza-se, segundo Barroso<sup>61</sup>, por:

59 José Afonso da Silva aborda o ativismo judicial em seminário da OAB. Brasília, 12 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/25758/jose-afonso-da-silva-aborda-o-ativismo-judicial-em-seminario-da-oab>>. Acesso em: 06 jan. 2014.

60 BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização**, op. cit., p. 6.

61 BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização**, op. cit., p. 7.

(i) evitar aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos e; (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.

Enquanto o ativismo se caracteriza pela interpretação criativa da Constituição, buscando expandir o alcance e significado do texto constitucional com o escopo de concretizar os direitos ali contidos, a autocontenção judicial tende a não ocupar o espaço deixado pelo processo político majoritário, aguardando a atuação do Poder Legislativo e Executivo na definição das políticas e concretização da Constituição, ou seja, prega uma posição de maior deferência à política majoritária.

A adoção de uma posição ou outra (ativismo ou autocontenção judicial) pelo aplicador do direito, ao resolver um caso posto a sua apreciação, pode indicar que este se perfilhou à corrente substancialista ou procedimentalista da Constituição. Segundo a lição de Barcelos, a corrente substancialista entende que “cabe à Constituição impor ao cenário político um conjunto de decisões valorativas que se consideram essenciais e consensuais”<sup>62</sup>, ou seja, uma visão ativista da atividade jurisdicional. A posição procedimentalista, por sua vez, entende que “cabe à Constituição garantir o funcionamento adequado do sistema de participação democrático, ficando a cargo da maioria, em cada momento histórico, a definição de seus valores e suas opções políticas”, prossegue a autora<sup>63</sup>. Ou seja, esta última corrente coaduna-se a uma posição de maior deferência às escolhas realizadas no âmbito da política majoritária.

#### 4.1 CRISE DE FUNCIONALIDADE DOS PODERES PÚBLICOS

Observa-se que há, no Brasil, uma crise de funcionalidade dos poderes estatais, notadamente do Poder Legislativo da União. O agigantamento do Poder Executivo frente ao Poder Legislativo é facilmente comprovado ante a quantidade de medidas provisórias editadas e reeditadas<sup>64</sup> desde a promulgação da Constituição em 1988 até hoje<sup>65</sup>. A quantidade

62 BARCELOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em: 10 jan 2013, p. 7.

63 BARCELOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo**, op. cit., p. 7.

64 O regramento constitucional anterior a EC n.º 32/2001 permitia a reedição de medidas provisórias.

65 Após a EC n.º 32/2001 foram editadas 641 (seiscentas e quarenta e uma) medidas provisórias (Cf.: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/MPV/Quadro/\\_Quadro%20Geral.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Quadro/_Quadro%20Geral.htm)). Consoante dados do Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, antes da EC n.º 32/2001 foram editadas e reeditadas impressionantes 6.192 (seis mil cento e noventa e duas) medidas provisórias. Cf.: TAVARES FILHO,

excessiva levou o Congresso Nacional a debater a matéria, culminando com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 32/2001, com claro objetivo de restringir o uso excessivo das medidas provisórias pelo Poder Executivo e de pôr fim à figura da “re-edição”.

Muito embora o número absoluto de medidas provisórias tenha diminuído, muito em razão da impossibilidade da re-edição, a influência do Poder Executivo sobre a agenda do Poder Legislativo ainda é grande, tendo em vista a quantidade ainda elevada de medidas provisórias editadas após a EC n.º 32/2001 e, também, em decorrência do sobrestamento da pauta das Casas Legislativas caso a medida provisória não seja apreciada no prazo estabelecido na Constituição Federal<sup>66</sup>. Destarte, encontram-se em discussão no Congresso Nacional diversas propostas de emenda à constituição para limitar ainda mais o uso do instituto<sup>67</sup>.

A influência do Poder Executivo na agenda do Poder Legislativo fica patente, igualmente, pela formação das “maiorias legislativas”. Há uma intensa troca de “cargos” e “favores” na tentativa de obter uma dita “governabilidade”. A figura das “emendas legislativas” ao orçamento representam, em última análise, a “compra” do apoio político pela aprovação desse ou daquele projeto que seja de interesse do Poder Executivo<sup>68</sup>.

Com efeito, passados vinte e cinco anos da promulgação da Constituição Federal,

---

Newton. **Excesso da edição de medidas provisórias**. Brasília: Consultoria Legislativa, 2008. Disponível em: <[http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1605/excesso\\_edicao\\_tavares.pdf?sequence=1](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1605/excesso_edicao_tavares.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 18 fev. 2014.

66 Art. 62, § 6º, CF/88: Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

67 PEC 511-A/2006, 511/2006, 560/2002, 35/2003, 155/2003, 158/2003, 213/2003, 219/2003, 261/2004, 264/2004, 305/2004, 322/2004, 323/2004, 328/2004, 331/2004, 336/2004, 368/2005, 371/2005, 384/2005, 400/2005, 420/2005, 431/2005, 477/2005, 491/2005, 514/2006, 518/2006, 532/2006, 54/2007, 111/2007, 118/2007, 156/2007 e 234/2008. Todas essas propostas de emendas à constituição foram tratadas no relatório do Deputado Leonardo Picciani. Cf.: PICCIANI, Leonardo. **Proposta de emenda à constituição nº 511, de 2006**: apensas as de nºs 560/2002, 35/2003, 155/2003, 158/2003, 213/2003, 219/2003, 261/2004, 264/2004, 305/2004, 322/2004, 323/2004, 328/2004, 331/2004, 336/2004, 368/2005, 371/2005, 384/2005, 400/2005, 420/2005, 431/2005, 477/2005, 491/2005, 514/2006, 518/2006, 532/2006, 54/2007, 111/2007, 118/2007, 156/2007 e 234/2008. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/549553.doc>>. Acesso em: 18 fev. 2014.

68 Câmara investigará denúncia sobre venda de emendas parlamentares: Marco Maia nega que haja esquema generalizado e diz que denúncia será enviada imediatamente à Corregedoria, para ser investigada. **Agência Câmara de Notícias**. Brasília, 19 jun. 2012. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/420290-CAMARA-INVESTIGARA-DENUNCIA-SOBRE-VENDA-DE-EMENDAS-PARLAMENTARES.html>>. Acesso em: 21 abr. 2014.; Emendas, balcão de negócios. **O Estado de São Paulo**. Opinião. São Paulo, 20 dex. 2011. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,emendas-balcao-de-negocios,813258,0.htm>>. Acesso em 21 abr. 2014; SETTI, Ricardo. Compra de emendas parlamentares: Alkimin tem o dever moral de liberar turanos para a criação de uma CPI. **Veja**. Política & Cia. São Paulo, Abril. 03 mai. 2011. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/politica-cia/compra-de-emendas-parlamentares-alkmin-tem-o-dever-moral-de-liberar-tucanos-para-a-criacao-de-uma-cpi/>>. Acesso em 21 abr. 2014.

ainda existem diversas matérias pendentes de produção legislativa<sup>69</sup>. A título exemplificativo, tem-se o direito de greve dos servidores públicos, a tipificação do terrorismo e a criação de municípios. Nesse mesmo período foram produzidas 6 (seis) emendas constitucionais de revisão; 77 (setenta e sete) emendas constitucionais; a incorporação de 2 (dois) tratados sobre direitos humanos nos termos do art. 5º, §3º, CF/88; 84 (oitenta e quatro) leis complementares e 5.290 (cinco mil duzentos e noventa) leis ordinárias.

Ademais, consoante dados do Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados<sup>70</sup>, havia em 2008 a necessidade de edição de 117 (cento e dezessete) leis ordinárias e 25 (vinte e cinco) leis complementares para regulamentar todos os dispositivos constitucionais pendentes<sup>71</sup>. Atualmente, segundo dados do portal da Câmara dos Deputados, existem 116 (cento e dezesseis) dispositivos constitucionais pendentes de regulamentação.

Ocorre que muitos dos dispositivos constitucionais pendentes de regulamentação versam sobre direitos fundamentais<sup>72</sup>, que, conforme disposição constitucional, têm aplicabilidade imediata, e, uma vez deduzidos numa ação judicial, não há outra alternativa ao Poder Judiciário senão efetivá-los pela via jurisdicional.

Foi justamente o que ocorreu com o direito de greve dos servidores públicos civis. O entendimento inicial do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Injunção n.º 20<sup>73</sup>, foi no sentido de reconhecer que a previsão constitucional do direito de greve era

69 Segundo reportagem do Jornal Gazeta do Povo, 117 (cento e dezessete) direitos ainda depende de regulamentação legal de iniciativa do Poder Legislativo da União (GONÇALVES, Anderson. 25 anos depois, ainda há 117 dispositivos da Constituição sem regulamentação. **Gazeta do Povo**. Londrina, 04 out. 2013. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/justica-direito/conteudo.phtml?id=1413681>>. Acesso em: 20 abr. 2014.). No mesmo sentido: 117 dispositivos constitucionais serão regulamentados. **Consultor Jurídico**. Comissão Especial. São Paulo: 07 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-07/congresso-cria-comissao-regulamentar-117-dispositivos-constitucionais>>. Acesso em 20 abr. 2014.; CIPRIANI, Juliana. Constituição Federal espera há 25 anos regulamentação: Constituição tem nada menos que 142 dispositivos que ainda não foram regulamentados por legislação ordinária ou complementar. Comissão tenta preencher esse vácuo jurídico. **Estado do Minas**. Belo Horizonte. 07 jul. 2014. Disponível em: <[http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2013/07/07/interna\\_politica,418167/constituicao-federal-espera-ha-25-anos-regulamentacao.shtml](http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2013/07/07/interna_politica,418167/constituicao-federal-espera-ha-25-anos-regulamentacao.shtml)>. Acesso em 20 abr. 2014.

70 BRASIL, Câmara dos Deputados. **Dispositivos constitucionais pendentes de regulamentação**. Brasília: Centro de documentação e informação, 2008. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/53a-legislatura-encerradas/CECONSTI/dispositivos-constitucionais-pendentes-de/Dispositivos%20Constitucionais%20Pendentes%20de%20Regulamentacao%20-%20Publicacao%202008.pdf/view>>. Acesso em: 21 abr. 2014

71 Neste sentido foi criada Comissão Mista com o objetivo de consolidar a legislação federal e regulamentar a Constituição (<[http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?tab=t&p\\_cod\\_mate=111807](http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?tab=t&p_cod_mate=111807)>; Senado e Câmara criam comissão para regulamentar dispositivos constitucionais. **Portal de Notícias**. Brasília. 20 mar. 2013. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/03/20/senado-e-camara-criam-comissao-para-regulamentar-dispositivos-constitucionais>>. Acesso em: 21 abr. 2014.).

72 Conferir apêndice A – Dispositivos constitucionais pendentes de regulamentação.

73 MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO - DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL - EVOLUÇÃO DESSE DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO - MODELOS NORMATIVOS NO DIREITO COMPARADO - PRERROGATIVA JURÍDICA ASSEGURADA PELA

norma constitucional de eficácia limitada. Portanto, para o seu pleno exercício era imprescindível regulamentação da matéria pelo Poder Legislativo, ao passo que a simples outorga constitucional não permitia o gozo imediato do direito, eis que ausente o atributo da autoaplicabilidade. Demais disso, reconheceu a omissão do Poder Legislativo em regulamentar a matéria. Muito embora a norma constitucional não dispusesse prazo, verificou-se um retardamento irrazoável no caso. Por fim, cientificou o referido Órgão acerca da mora existente, sem, contudo, possibilitar o gozo do direito pleiteado pelos requerentes.

Após cientificar a mora do Poder Legislativo em regulamentar a matéria em diversas oportunidades, ocorreu a mudança na orientação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação ao mandado de injunção. O julgamento dos mandados de injunção n.º 670, 708 e 712<sup>74</sup> representaram a virada no entendimento do STF. A Corte determinou a aplicação suplementar das Leis n.º 7.783/1989 (Lei de greve dos trabalhadores da iniciativa privada) e 7.701/1988 (Lei que dispõe sobre especialização de Turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos e dá outras providências) às greves de servidores públicos até que o Poder Legislativo exerça sua competência e ponha fim à omissão.

---

CONSTITUIÇÃO (ART. 37, VII) - IMPOSSIBILIDADE DE SEU EXERCÍCIO ANTES DA EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR - OMISSÃO LEGISLATIVA - HIPÓTESE DE SUA CONFIGURAÇÃO - RECONHECIMENTO DO ESTADO DE MORA DO CONGRESSO NACIONAL - IMPETRAÇÃO POR ENTIDADE DE CLASSE - ADMISSIBILIDADE - WRIT CONCEDIDO. DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO: **O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição.** A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição - para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida - que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público - constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. **A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa - não obstante a ausência, na Constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora - vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários.** MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição. Precedentes e doutrina. (MI 20, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/1994, DJ 22-11-1996 PP-45690 EMENT VOL-01851-01 PP-00001) (grifo nosso).

74 MI 670, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001 RTJ VOL-00207-01 PP-0001; MI 708, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-02 PP-00207 RTJ VOL-00207-02 PP-00471e; MI 712, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384

Com efeito, a Corte reconheceu que a omissão inconstitucional do Poder Legislativo pode ser alvo de revisão judicial. Ademais, ante a quantidade de vezes que a mora foi reconhecida pelo STF, estar-se-ia diante do risco de ocorrer omissão judicial. Nesse diapasão, com base no direito comparado (Alemanha e Itália), admitiu ser possível ao Poder Judiciário adotar medidas normativas como alternativa a fim de suprir a omissão legislativa, sem configurar, neste particular, violação à cláusula da separação dos poderes.

Outrossim, firmou-se entendimento no sentido de que não haveria discricionariedade do Poder Legislativo em editar ou não a lei. Consoante o posicionamento do STF, o Órgão poderia adotar um regime mais ou menos severo de greve, não havendo, contudo, que se falar em discricionariedade, porquanto a obrigação de legislar foi instituída pelo constituinte originário ao prever o direito de greve e subordinar sua aplicabilidade à edição de lei. A permanecer a omissão inconstitucional, ocorreria, na prática, o esvaziamento do direito fundamental dos servidores públicos à greve, ou seja, o núcleo essencial do direito estaria esvaziado totalmente.

Portanto, o Poder Judiciário ocupou a lacuna deixada pela omissão legislativa, reconhecendo que tal situação era provisória, isto é, que sua atuação far-se-ia necessária até que o órgão responsável viesse a editar o ato normativo e regulamentar o direito. Observa-se que a Corte, através de uma sentença aditiva<sup>75</sup>, colmatou a lacuna legislativa até que ambas as Casas do Congresso Nacional exercitem sua competência, concretizando o direito constitucional dos servidores públicos à greve através da jurisdição.

Cumprido destacar que o Poder Judiciário, ao ocupar o espaço aberto pela omissão do Poder Legislativo ou Executivo, resolvendo uma demanda posta a sua apreciação, não está usurpando as competências ou atribuições dos demais poderes. Porquanto, a atuação expansiva do Poder Judiciário, nesses casos, não impede que órgão originalmente incumbido de tal mister venha a exercê-lo posteriormente. A mudança de orientação na jurisprudência da Corte, na espécie, indica a adoção de uma corrente substancialista em detrimento da procedimentalista.

Outrossim, a crise de funcionalidade pela qual passa o Poder Legislativo pode ser atribuída ao agigantamento do Poder Executivo e sua voracidade em “legislar” através de

---

75 Acerca das sentenças aditivas: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo**. Direito Público. Porto Alegre, ano 4, n.13, p. 35-73, jul./set.2006; SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. **As sentenças aditivas na jurisdição constitucional**. Disponível em: <[http://www.esmp.sp.gov.br/revista\\_esmp/index.php/RJESMPSP/article/download/77/41](http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/download/77/41)>. Acesso em 18 abr 2014; BONSAGLIA, Alexandre Antonucci. **Sentenças aditivas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/162\\_Monografia%20Alexandre%20Bonsaglia.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/162_Monografia%20Alexandre%20Bonsaglia.pdf)>. Acesso em 18 de abr de 2014.

medidas provisórias, como também à opção do Poder Legislativo de se omitir em legislar sobre temas polêmicos e tormentosos, preferindo deixar que sejam debatidos no âmbito do Poder Judiciário. Por outro lado, a ausência de regulamentação de dispositivos constitucionais não pode ser totalmente atribuída ao Poder Legislativo, pois em alguns casos a obrigação de iniciar o processo legislativo é do próprio Poder Executivo, citando-se como exemplo o art. 40, §3º, III, CF/88, que estabelece o direito à aposentadoria especial do servidor público.

A mora do Executivo em dar início ao processo legislativo levou o STF a editar a Súmula Vinculante de n.º 33<sup>76</sup>. Em entendimento semelhante ao do julgamento dos mandados de injunção n.º 670, 708 e 712, a Corte determinou a aplicação, no que couber, das regras do RGPS (regime geral de previdência social) à aposentadoria especial do servidor público, até que seja suprimida a omissão inconstitucional.

#### 4.2 OMISSÕES QUANTO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS<sup>77</sup>

Não se pode olvidar que as políticas públicas são um importante instrumento de concretização de direitos fundamentais, notadamente dos direitos que exigem uma prestação positiva do Estado<sup>78</sup>. A criação e implementação das *policies*, na cultura jurídica brasileira, sempre estiveram reservadas à política majoritária, ou seja, estavam inseridas no espaço de atribuições típicos do Poder Executivo e Legislativo, não havendo qualquer ingerência ou controle por parte do Poder Judiciário.

Contudo, consoante delineado acima, o constituinte originário de 1988 fez a opção por uma constitucionalização ampla e diversas dessas políticas foram alçadas ao texto constitucional (dotado de normatividade), constituindo, hodiernamente, parâmetro para o controle jurisdicional dos atos dos poderes públicos.

O constituinte originário estabeleceu um programa para o futuro, de modo que é impossível concretizar todos os direitos previstos na constituição de uma só vez. A ausência de recursos financeiros (reserva do possível) é um fato e não um argumento jurídico<sup>79</sup>. Portanto, cabe primariamente ao administrador fazer a escolha de quais políticas serão

76 Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do Regime Geral de Previdência Social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição Federal, até edição de lei complementar específica.

77 O controle jurisdicional de políticas públicas não é o foco deste trabalho, sobre o tema: BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle jurisdicional de políticas públicas**: parâmetros objetivos e tutela coletiva. Porto Alegre: SAFE, 2008.

78 BARCELOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em: 10 jan 2013, p. 11.

79 BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo**, op. cit., p. 10.

prioritárias e implementá-las. Na ausência (omissão absoluta) ou insuficiência (omissão relativa) da política é possível que haja o controle por parte do Poder Judiciário. A depender de como é feito esse controle, estar-se-á diante de uma postura ativista ou de autocontenção.

Streck chama atenção para proliferação de decisões acerca do fornecimento de medicamentos, notadamente nos juízos de primeiro grau<sup>80</sup>, aduzindo o que o Estado de São Paulo despendeu mais recursos com condenações em ações judiciais para fornecimento de medicamento no ano de 2011 do que todo o orçamento previsto para este mesmo fim<sup>81</sup>. Essa tem sido umas das principais críticas às posturas ativistas quanto ao controle de políticas públicas<sup>82</sup>, qual seja, o comprometimento dos orçamentos para cumprir decisões judiciárias, ou seja, o Poder Judiciário não teria condições de prever os efeitos e consequências de suas decisões no sistema como um todo (efeitos sistêmicos da decisão). No mesmo esteio, alega-se que o Poder Judiciário não detém conhecimento técnico apropriado para a definição das políticas públicas ou é assessorado por órgãos técnicos, como é o caso dos demais poderes. Fala-se, outrossim, na politização da justiça e no déficit democrático. Tais críticas, entretanto, serão desenvolvidas em tópico pertinente.

80 SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo**, op. cit., p. 10-11., atribui o fato de algumas teses terem mais aceitação em juízos de primeiro grau e no STF e sofrerem constantes derrotas nas segundas instâncias da justiça brasileira, notadamente relacionadas ao desenvolvimento da doutrina do neoconstitucionalismo, a formação acadêmica dos magistrados. Segundo o autor, “há um componente curioso na recepção deste novo paradigma jurídico pelo Judiciário brasileiro. Embora ainda não existam estudos empíricos a este respeito, tenho a forte intuição de que a penetração destas novas idéias associadas ao neoconstitucionalismo é forte na cúpula e na base da hierarquia judicial, mas ainda tímida nos seus escalões intermediários. E as causas não são de difícil compreensão. Em relação à cúpula - os ministros do STF -, as razões já foram explicadas acima. Já no que tange à base do Judiciário, boa parte dos juízes de 1º grau teve a sua formação num ambiente acadêmico que já valorizava o Direito Constitucional, e reconhecia a força normativa dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais. Assim, eles tendem a levar para a sua prática profissional esta visão do Direito. Porém, sobretudo na 2ª instância, composta majoritariamente por magistrados que se formaram e foram socializados no seu meio institucional sob a égide do paradigma jurídico anterior, muito mais voltado para os códigos e para a letra da lei do que para a Constituição e seus princípios, há maior resistência à incorporação dos novos vetores constitucionais. Contudo, este fenômeno tende a diminuir com o tempo, seja pela consolidação do paradigma constitucional emergente, seja pela promoção de magistrados mais antenados com o novo constitucionalismo, seja até pela influência do pensamento e das orientações da cúpula do Judiciário sobre todas as suas instâncias.”

81 STRECK, Lênio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** 2013. Consultor Jurídico. Senso incomum. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 19 abr. 2014: “Basta vermos que várias unidades da federação gastam mais em pagamento de ações judiciais sobre o acesso à saúde e remédios do que nos próprios orçamentos. Em São Paulo, por exemplo, os gastos da Secretaria Estadual da Saúde com medicamentos por conta de condenações judiciais em 2011 chegaram a R\$ 515 milhões, quase R\$ 90 milhões gastos além do previsto no orçamento do ano destinado a medicamentos”.

82 Quanto ao acesso à educação infantil: PASSOS, Vladimir de Freitas. **Creches, ativismo judicial e reflexos nos municípios**. 2013. Consultor Jurídico. Segunda leitura. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-09/segunda-leitura-creches-ativismo-judicial-reflexos-municipios>>. Acesso em: 19 abr. 2014: “O jornal O Estado de S. Paulo do dia 3 de junho, na página A14, noticiou que só neste ano, 7.408 decisões judiciais obrigaram o município de São Paulo a promover a matrícula de crianças nas creches da Prefeitura. Como não existem prédios e funcionários para abrigar tantas crianças, os administradores, ao receber a liminar, limitam-se a colocar o nome do favorecido em primeiro lugar da lista, a fim de que a ele seja atribuída a primeira vaga”



Em que pesem as objeções listadas acima, o controle das omissões inconstitucionais foi alvo de apreciação pelo STF na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 45. Muito embora a ação tenha sido julgada prejudicada em razão da perda superveniente do objeto, o Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática, levantou premissas relevantes quanto ao controle das omissões inconstitucionais dos poderes estatais, especialmente quanto à criação e implementação de políticas públicas.

Inicialmente, reconheceu que a ADPF era instrumento idôneo para a concretização de políticas públicas previstas na Constituição Federal na hipótese de se constatar, no caso sob exame, omissão absoluta ou relativa por parte do Executivo ou Legislativo. Demais disso, reafirmou “a dimensão política da jurisdição constitucional”<sup>83</sup>, bem como que o STF não pode ser furtar do ônus “tornar efetivo os direitos econômicos, sociais e culturais”.

Aduziu que as violações ao texto constitucional podem ocorrer por ação ou por omissão, seja esta absoluta ou relativa, sendo que todas são inconstitucionais e passíveis de controle pelo Poder Judiciário. Ademais, reconheceu que a atribuição primária em criar e implementar políticas públicas está adstrita à política majoritária e que, ante a ausência de recursos financeiros, “não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política”<sup>84</sup>.

Contudo, a aferição da capacidade econômico-financeira deve ser comprovada objetivamente, ou seja, o Estado, ao alegar a “reserva do possível”<sup>85</sup>, tem o ônus jurídico de demonstrar, através da peça orçamentária e da sua respectiva execução, que não é possível a implementação do direito pleiteado na demanda sob o risco de comprometer a funcionalidade do sistema. A mera alegação de ausência de recursos não pode ser aceita de forma absoluta, exigindo comprovação por meio idôneo e técnico.

Segundo o Ministro, a “reserva do possível” pode ser auferida pelo binômio razoabilidade-disponibilidade financeira. Por fim, asseverou que, muito embora a atribuição primária em formular e implementar as *policies* esteja reservada ao ambiente político, esse poder não é absoluto ou totalmente discricionário, porquanto está limitado pela própria Constituição que pretende lhe implementar.

As teses desenvolvidas pelo Ministro Celso de Melo não fazem parte da *ratio*

---

83 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática na arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 45. Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. **Diário da Justiça da União**, Brasília, DF, 04 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF> - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível" (Transcrições)>. Acesso em: 29 maio 2014.

84 Ibid.

85 Ibid.

*decidendi*<sup>86</sup>, pois não eram imprescindíveis ao deslinde da causa, não tendo, portanto, força vinculativa. Conquanto façam parte da *obiter dictum*<sup>87</sup> da decisão, não podem ser desprezadas, conforme aduzem Didier Jr, Braga e Oliveira<sup>88</sup>:

O *obiter dictum*, embora não sirva como precedente, não é desprezível. O *obiter dictum* pode sinalizar uma futura orientação do tribunal, por exemplo. Além disso, o voto vencido em um julgamento colegiado é *obiter dictum* e tem a sua relevância para a elaboração do recurso dos embargos infringentes, bem como tem eficácia persuasiva para uma tentativa futura de superação do precedente.

Vê-se que, na oportunidade, o Ministro assentou qual era o seu posicionamento acerca do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário e sinalizou acerca de *standards* decisórios, isto é, padrões decisórios a serem seguidos pelo aplicador do direito quando no exercício de controle de políticas públicas.

O ato de controlar judicialmente política pública não revela, *de per se*, uma postura ativista do órgão jurisdicional. O ativismo se manifesta no grau que esse controle é exercido. A título exemplificativo, quanto ao fornecimento de medicamentos, tem-se a RENAME (relação nacional de medicamentos) como a política pública da área. O ente público (União, estados, Distrito Federal ou município), ao inserir o medicamento na lista, vincula-se ao seu fornecimento.

Em muitos casos, as demandas cingem-se à obrigação do ente público em entregar medicamento que já está previsto na política por ele formulada<sup>89</sup>. Uma decisão que,

86 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. 2 v., p. 385: “A *ratio decidendi* – ou, para os norte-americanos, a *holding* – são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi; trata-se da tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto”.

87 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**, op. cit. p. 387-388: “O *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), ou simplesmente *dictum*, consiste nos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão ('prescindível para o deslinde da controvérsia'). Normalmente é definido de forma negativa: é *obiter dictum* a proposição ou regra de Direito que não compuser a *ratio decidendi*. É apenas algo que se fez constar 'de passagem', não podendo ser utilizado com força vinculativa por não ter sido determinante para a decisão.” Acerca dos conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, Cf.: MARINONI, Luiz Guilherme. **Elaboração dos conceitos de ratio decidendi (fundamentos determinantes da decisão) e obiter dictum no direito brasileiro**. Disponível em: <[http://marinoni.adv.br/baixar.php?arquivo=files\\_/Elabora%C3%A7%C3%A3o%20dos%20conceitos%20de%20ratio%20decidendi.docx](http://marinoni.adv.br/baixar.php?arquivo=files_/Elabora%C3%A7%C3%A3o%20dos%20conceitos%20de%20ratio%20decidendi.docx)>. Acesso em: 22 de abril de 2014 e; MARINONI, Luiz Guilherme. **Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão**. Disponível em: <[http://marinoni.adv.br/baixar.php?arquivo=files\\_/ARTIGO%20-%20RT%202012.docx](http://marinoni.adv.br/baixar.php?arquivo=files_/ARTIGO%20-%20RT%202012.docx)>. Acesso em: 22 de abril de 2014

88 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**, op. cit. p. 388.

89 Como assentou o Min. Gilmar Mendes na decisão monocrática no AgR na STA n.º 175. Disponível em:

simplesmente, determina que o ente público implemente a política que ele mesmo já havia formulado não pode ser taxada de ativista. Ora, como anunciado alhures, o ente, ao formular a política, vincula-se a ela, não havendo que se falar em ativismo nesse caso específico. O mesmo não pode ser dito, por exemplo, de uma decisão que determine a entrega de medicamento fora do RENAME.

No julgamento da AC408729/CE<sup>90</sup>, a Primeira Turma do Tribunal Federal da 5ª Região deu provimento à apelação interposta pelo Ministério Público Federal e concedeu

---

<<http://www.jfpr.jus.br/arquivos/office/403aac7e82419a99b287bcc230287657.pdf>>. Acesso em 22 de abril de 2014. p. 19: “Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas. **Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública- Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.**” (grifo do original).

- 90 PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO (MIGLUSTAT - ZAVESCA) À JOVEM COM DOENÇA NEURODEGENERATIVA PROGRESSIVA (NIEMANN-PICK TIPO C). EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. REFORMA. DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE. FUNDAMENTALIDADE. INDISPONIBILIDADE. LEGITIMIDADE MINISTERIAL PARA O AJUIZAMENTO. TUTELA ANTECIPADA. DEFERIMENTO. ART. 273, DO CPC.I. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, objetivando que a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza sejam impelidos ao fornecimento, à jovem de 21 anos portadora de doença neurodegenerativa progressiva (Niemann-Pick Tipo C), de medicamento denominado Zavesca (miglustat), de aquisição impossível pelos genitores da paciente, professores universitários, por ser significativamente caro (a dosagem necessária mensal giraria em torno de R\$ 52.000,00). (...) 6. Nos termos da Norma Constitucional (arts. 5o, 6o, 196 e 227), o direito à saúde é marcado por sua "fundamentalidade", considerando-se mesmo que sua garantia é expressão de resguardo da própria vida, maior bem de todos, do qual os demais direitos extraem sentido. Analisando o conceito de "fundamentalidade", J J Gomes CANOTILHO concebe-o sob duas perspectivas: a "fundamentalidade formal", correspondente à constitucionalização, à localização de direitos reputados fundamentais no ápice da pirâmide normativa, com as conseqüências, desse fato, derivadas - demarcação das possibilidades do ordenamento jurídico e vinculatividade dos poderes públicos -, e a "fundamentalidade material", identificadora dos direitos fundamentais a partir do seu conteúdo "constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade", permissiva do reconhecimento de outros direitos não expressamente tipificados no rol constitucional, mas equiparáveis em dignidade e relevância aos direitos formalmente constitucionais ("norma de fattispecie aberta"). Em ambas as visões, exsurge a magnitude da essencialidade, embora seja patente a maior significância compreensiva da segunda. "No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados" (José Afonso da Silva). Os direitos fundamentais cumprem, nessa textura, determinadas funções: exigem prestações do Estado, protegem diante do poder público e de terceiros, fomentam a paridade entre os indivíduos, designam os alicerces sobre os quais se constrói e se orienta o ordenamento jurídico ("eficácia irradiante"). Têm força, ao mesmo tempo, por assim dizer, de princípio e de regra. A "fundamentalidade" desses direitos justifica sua caracterização como imprescritíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, invioláveis e universais. Trata-se, o direito à saúde, de direito individual indisponível, merecedor de amparo através da ação civil pública. (...) 9. Tutela antecipada que se defere, haja vista estarem presentes os requisitos próprios, nos termos do art. 273, do CPC. (PROCESSO: 200681000031481, AC408729/CE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO CAVALCANTI, Primeira Turma, JULGAMENTO: 24/05/2007, PUBLICAÇÃO: DJ 28/06/2007 - Página

tutela antecipada para que fosse fornecido medicamento de alto custo que ainda não estava contemplado pela política nacional de distribuição de medicamentos. Na oportunidade, com base em laudos e estudos médicos, consignou-se que a requerente era portadora de doença grave e que o medicamento pleiteado era o único capaz de deter a sua progressão.

A tutela antecipada deferida no julgado acima foi objeto do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada (AgR na STA) n.º 175, apreciado pelo Ministro Gilmar Mendes, enquanto Presidente do Supremo Tribunal Federal. Na oportunidade, o Ministro, assim como fez o Min. Celso de Melo na decisão monocrática da ADPF n.º 45, desenvolveu *standard* decisório para o controle de políticas públicas, conquanto também se trate de uma decisão monocrática.

Segundo o Ministro, os critérios decisórios foram desenvolvidos a partir de experiências e dados colhidos em audiências públicas realizadas nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009<sup>91</sup>. Consignou o Ministro Gilmar Mendes haver que se perquirir, inicialmente, acerca da existência ou inexistência de política pública desenvolvida pelo Estado. Caso exista política, o provimento judicial apenas determinará o cumprimento de uma obrigação a qual o ente já havia se obrigado, não havendo, portanto, que se falar em formulação de políticas públicas pelo Poder Judiciário<sup>92</sup>.

Em seguida, caso inexistente qualquer política, há que se distinguir o motivo da ausência, ou seja, “se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal à sua dispensação”<sup>93</sup>.

Constatada a primeira hipótese, ou seja, de omissão legislativa ou administrativa na política, há que se considerar se o pedido formulado na demanda é por um tratamento experimental ou por um que ainda não foi incorporado à política do SUS.

Os tratamentos experimentais são aqueles que estão em fase de testes, ou seja, não

---

743)

91 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Audiências públicas:** realizadas. 2009. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>>. Acesso em: 22 abr. 2014.: “Audiência Pública convocada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal à época, Ministro Gilmar Mendes, para subsidiar o julgamento de processos que discutiam a concretização do direito à saúde (art. 196 da Constituição Federal), a partir do oferecimento de medicação e tratamento pelo Poder Público”.

92 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. Rel. Min. Gilmar Mendes. AgR na STA n.º 175. Disponível em: <<http://www.jfpr.jus.br/arquivos/office/403aac7e82419a99b287bcc230287657.pdf>>. Acesso em 22 de abril de 2014. p. 19: Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.

93 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. Rel. Min. Gilmar Mendes. AgR na STA n.º 175, **op. cit.**, p. 20.

existe ainda comprovação científica acerca da sua eficácia, não podendo, pois, o Estado ser obrigado a custeá-los. Demais disso, Paulo Hoff *apud* Gilmar Mendes<sup>94</sup>, asseverou que:

essas drogas não podem ser compradas em nenhum país, porque nunca foram aprovadas ou avaliadas, e o acesso a elas deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido, não sendo possível obrigar o SUS a custeá-las. No entanto, é preciso que o laboratório que realiza a pesquisa continue a fornecer o tratamento aos pacientes que participaram do estudo clínico, mesmo após seu término.

Com efeito, se o pedido veiculado na demanda for por um tratamento que ainda não foi incorporado pela política, mas que já foi registrado na ANVISA – ou seja, tratamento este que não consta no RENAME, mas é utilizado na âmbito privado –, pode haver controle judicial, sendo, contudo, necessário comprovar a existência da doença e a eficácia do tratamento.

Os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas devem ser revistas com periodicidade, a fim de incorporar novos tratamentos e disponibilizá-los à generalidade dos indivíduos, com escopo de atender ao princípio da integralidade. Contudo, o procedimento de revisão, por vezes, pode não ocorrer com a mesma velocidade com que são desenvolvidas e introduzidas no mercado novas terapias e drogas. Por outro lado, asseverou o Ministro Gilmar Mendes que a ausência de protocolo não pode, *a priori*, justificar a negativa de acesso ao tratamento, pois ensejaria violação ao princípio da integralidade. Neste sentido, aduziu<sup>95</sup> que:

Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar.

A segunda hipótese, por sua vez, consiste em perquirir o motivo da decisão administrativa em não fornecer o medicamento. A demanda pode cingir-se quanto a tratamento médico que o ente público, enquanto administrador da política, escolheu não fornecê-lo “por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua

---

94 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. Rel. Min. Gilmar Mendes. AgR na STA n.º 175, op. cit., p. 23.

95 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. Rel. Min. Gilmar Mendes. AgR na STA n.º 175, p. 24

inclusão”<sup>96</sup>. Nessa hipótese podem ocorrer duas situações distintas: a) a política apresenta tratamento alternativo ou; b) não tem qualquer tratamento para a enfermidade. No primeiro caso, deve ser dada prioridade, quando do julgamento da demanda, ao tratamento/medicamento já incorporado à política em detrimento do escolhido pelo enfermo, desde que o constante da política seja comprovadamente adequado ao caso. Aqui, também, não há qualquer ingerência do Poder Judiciário na formulação da política. Apenas determina a entrega de determinado medicamento que já consta do protocolo administrado pelo ente público.

Na situação da inexistência do tratamento ou de o existente ser inadequado ao paciente, pode haver controle da política pelo Poder Judiciário, devendo o requerente, na espécie, comprovar a eficácia do tratamento, em razão de ter o SUS ter se filiado “à corrente da 'Medicina com base em evidências’”<sup>97</sup> (grifo do original).

Por fim, a terceira hipótese trata de demanda que deduz medicamento ou tratamento que não tem registro na ANVISA, ou seja, cuja comercialização é vedada no território nacional, configurando, inclusive, tipo penal<sup>98</sup>. Ora, é vedado ao ente público fornecer medicamento que não tenha o devido registro, não sendo razoável que o Poder Judiciário venha obrigá-lo a fazê-lo.

Conquanto o Ministro tenha enumerado na sequência acima debatida, revela-se mais adequado, metodologicamente, perquirir na ordem inversa. Isto é, após constatado que o medicamento não está incluso na política nacional, deve o aplicador do direito, a) verificar se o medicamento têm ou não registro na ANVISA. Em caso negativo, a análise finda aqui, não havendo obrigação para o Estado de fornecer medicamento cuja comercialização configura crime.

Superado o quesito anterior, deve, na sequência, b) avaliar se há na política tratamento alternativo e igualmente adequado ao pleiteado, em caso afirmativo, deve ser feita a escolha pela política. Em não havendo uma alternativa adequando, c) o julgador vai avaliar qual o motivo da omissão, ou seja, se o medicamento é experimental, se o administrador

96 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. Rel. Min. Gilmar Mendes. AgR na STA n.º 175, op. cit., p. 22.

97 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. Rel. Min. Gilmar Mendes. AgR na STA n.º 175, op. cit., p. 22.

98 Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais  
Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:  
**Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.**

(...)

§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:

**I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;**

optou por não fornecer o medicamento ou se apenas ainda não foi incorporado à política.

Na hipótese de ser experimental, não é razoável exigir a prestação do Poder Público. O mesmo não ocorre na outra situação: caso o medicamento tenha registro, não exista outro tratamento igualmente eficaz e ainda não tenha sido incorporado à política ou o administrador da política tenha optado por não fornecê-lo com base em evidência científica, pode o Poder Judiciário interferir na política pública e determinar a entrega do medicamento.

Não há a pretensão de traçar fórmulas prontas de aplicação do direito, mas apenas tentar estabelecer *standards* decisórios a fim de conferir maior segurança jurídica. A questão merece atenção e debate. Neste esteio, o plenário virtual do STF, por unanimidade, reconheceu a repercussão geral no fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Poder Público no Recurso Extraordinário (RE) n.º 566471<sup>99</sup>. A intervenção em políticas públicas e a possibilidade do controle foram objeto, também, nas decisões monocráticas nos Agravos de Instrumento n.º 583553<sup>100</sup> e n.º 583136<sup>101</sup>.

Por outro lado, há de reconhecer que o Poder Judiciário pode estar diante de uma escolha trágica, tendo de optar entre fornecer o medicamento, mesmo contra disposição legal, e a possibilidade de o paciente vir a óbito. Tais casos devem ser sopesados e ponderados um a um, pois são as suas peculiaridades que irão indicar qual orientação seguir.

Em recente decisão interlocutória, Bruno Cesar Bandeira Apolinário, Juiz Federal da Sessão Judiciária do Distrito Federal, determinou que a ANVISA se abstivesse de impedir importação de medicamento sem registro na referida autarquia, sempre que houver requisição médica<sup>102</sup>.

99 REPERCUSSÃO GERAL - COMPETÊNCIA DO PLENÁRIO - ADMISSIBILIDADE - ASSISTÊNCIA À SAÚDE - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO - EXTRAORDINÁRIO DO ESTADO. 1. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte desproveu apelação assentando a obrigatoriedade de o Estado fornecer medicamento de alto custo. Este tema tem-se repetido em inúmeros processos. Diz respeito à assistência do Estado no tocante à saúde, inegavelmente de conteúdo coletivo. Em outras palavras, faz-se em jogo, ante limites orçamentários, ante a necessidade de muitos considerada relação de medicamentos, a própria eficácia da atuação estatal. Em síntese, questiona-se, no extraordinário, se situação individual pode, sob o ângulo do custo, colocar em risco o grande todo, a assistência global a tantos quantos dependem de determinado medicamento, de uso costumeiro, para prover a saúde ou minimizar sofrimento decorrente de certa doença. Aponta-se a transgressão dos artigos 2º, 5º, 6º, 196 e 198, § 1º e § 2º, da Carta Federal. Impõe-se o pronunciamento do Supremo, revelando-se o alcance do texto constitucional. 2. Admito a repercussão geral articulada em capítulo próprio no extraordinário. Submeto aos integrantes do Tribunal a matéria para deliberação a respeito. Min. Marco Aurélio. 24 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=2582069>> Acesso em: 23 abr. 2014.

100 Relator Min. CELSO DE MELLO, julgado em 06/05/2010, publicado em DJe-092 DIVULG 21/05/2010 PUBLIC 24/05/2010

101 Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 11/11/2008, publicado em DJe-223 DIVULG 21/11/2008 PUBLIC 24/11/2008.

102 BRASIL, JFDF. Decisão interlocutória. Tutela antecipada. Processo n.º 24632-32.2014.01.3400. Disponível: <<http://portal.trf1.jus.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=2C908250452907C801452DDA486910E7>>. Acesso em: 23 abr. 2014.

Em que pese ter sido proferida num juízo sumário e não versar sobre a obrigatoriedade de fornecimento de medicamento pelo Poder Público, a decisão apresenta relevância para o controle das políticas públicas, porquanto, em última análise, decidir acerca de quais terapias são ou não acessíveis aos cidadãos residentes no Brasil é também política pública de saúde.

No caso, consignou-se que a autora era portadora de doença rara e grave (encefalopatia epiléptica infantil precoce tipo 2), tendo o diagnóstico sido confirmado por relatório médico confeccionado por um *expert*<sup>103</sup>. Na sequência, apresentou-se o histórico médico da autora, pontuando que foi submetida a tratamento convencional e de cirurgia a fim de combater a enfermidade. Contudo, esgotaram-se todos os meios terapêuticos convencionais sem melhora no quadro clínico, tendo, inclusive, a doença evoluído<sup>104</sup>.

Na oportunidade, optou-se por um tratamento alternativo com a droga *Canabidiol*, derivado na *Canabis sativa*, pois existem notícias na literatura especializada sobre a eficácia no tratamento e controle doença. O relatório médico apontou que autora apresentou melhoras significativas após a administração da droga, chegando a ficar totalmente livre das crises. O médico que acompanha a paciente recomendou a manutenção do tratamento alternativo, sob o risco de retorno das crises e morte<sup>105</sup>. Ocorre que o medicamento não tem registro na ANVISA e estava sendo importando clandestinamente, até que a última remessa foi retida<sup>106</sup>.

Com efeito, registrou-se na decisão que não se trata de uso terapêutico da *Canabis sativa*, mas sim de um dos seus princípios ativos, o *Canabidiol*, que não apresenta característica psicotrópica ou entorpecente típico do THC (tetraidrocannabinol), outro princípio ativo extraído da *Canabis sativa*<sup>107</sup>. Vê-se que o magistrado, na hipótese, levou em consideração a ausência da característica psicotrópica ou entorpecente da substância, em que pese ser extraída de planta de uso proscrito. Ademais, uma vez reconhecida a evidência científica através de relatório médicos de que a droga pode ter eficácia no tratamento da doença da autora, fato que pode vir a ser objeto de perícia no curso da instrução probatória, é bastante para o deferimento da tutela de urgência<sup>108</sup>.

Por outro lado, a concessão da medida não impede que a ANVISA exerça seu mister regulatório. O processo para registro ou não da droga segue se, que é demorado, seria

103 JFDF. Decisão interlocutória. Tutela antecipada. Processo n.º 24632-32.2014.01.3400, op. cit., p. 1

104 JFDF. Decisão interlocutória. Tutela antecipada. Processo n.º 24632-32.2014.01.3400, op. cit., p. 2

105 JFDF. Decisão interlocutória. Tutela antecipada. Processo n.º 24632-32.2014.01.3400, op. cit., p. 2

106 JFDF. Decisão interlocutória. Tutela antecipada. Processo n.º 24632-32.2014.01.3400, op. cit., p. 3

107 JFDF. Decisão interlocutória. Tutela antecipada. Processo n.º 24632-32.2014.01.3400, op. cit., p. 4-5

108 JFDF. Decisão interlocutória. Tutela antecipada. Processo n.º 24632-32.2014.01.3400, op. cit., p. 5-6



irrazoável frente ao risco de morte da autora<sup>109</sup>. Outrossim, não haveria riscos para a população, porquanto a importação é limitada ao uso pessoal, ou seja, apenas a quantidade necessária ao tratamento e com a apresentação da indicação médica<sup>110</sup>.

O magistrado sopesou, de um lado, o grave estado de saúde e o risco de vida da autora e, do outro, o mister da autarquia em regular o uso de medicamentos no Brasil, cujo objetivo é justamente salvaguardar a saúde pública, e entendeu que, no caso, o direito da autora merecia guarida.

#### 4.3 ATIVISMO JUDICIAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: BREVE ESTUDO DE CASO

Antes de adentrar diretamente no que se propõe o presente tópico, é necessário esclarecer as escolhas realizadas. Inicialmente, cumpre registrar que não é a pretensão do presente trabalho rotular a nossa Corte Constitucional de ativista ou não, mas tão somente identificar como o fenômeno em estudo tem se manifestado na sua jurisprudência. Demais disso, ao fazer a opção por analisar o fenômeno em face da jurisprudência do STF não se está desconsiderando que qualquer magistrado (do juiz estadual de primeiro grau de jurisdição ao STF) exerce jurisdição constitucional em virtude do sistema de controle de constitucionalidade adotado. O corte deve-se ao fato de o Supremo Tribunal Federal ser o ápice da estrutura do Poder Judiciário no Brasil e ter a atribuição de guardião da Constituição, sendo o Órgão que dá a “última palavra” em interpretação constitucional.

Nos últimos anos, os holofotes têm se voltado para o Supremo Tribunal Federal. Algumas decisões são aplaudidas de pé; outras, duramente criticadas. Pode-se concordar ou não com a tese vencedora, mas não se pode negar que as decisões têm repercutido diuturnamente no seio jurídico e na vida do homem comum. As sessões de julgamento são transmitidas ao vivo para todo o país através de uma rede de televisão institucional. Isso tem dado maior abrangência ao debate e, em que pesem as críticas, não convém negligenciar o ganho para a publicidade dos atos estatais e para o regime democrático.

---

109 JFDF. Decisão interlocutória. Tutela antecipada. Processo n.º 24632-32.2014.01.3400, op. cit., p. 8

110 JFDF. Decisão interlocutória. Tutela antecipada. Processo n.º 24632-32.2014.01.3400, op. cit., p. 10

### 4.3.1 Obrigação do Estado em garantir creche para crianças de até cinco anos<sup>111</sup>

Na linha da concretização dos direitos constitucionais, em nítida postura ativista, a 2ª Turma Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de ser direito público subjetivo da criança até cinco anos de idade o atendimento em creche e pré-escola, cabendo aos municípios prestá-lo, nos termos do art. 208, IV, CF/88. O entendimento foi firmado no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 410.715<sup>112</sup>, de relatoria do Min. Celso de Melo, que foi provido a unanimidade pela 2ª Turma do STF.

Na oportunidade, ficou consignado que o acesso à educação infantil é direito público subjetivo, incumbindo ao Estado o dever de provê-lo. Ademais, firmou-se entendimento de que o preceito constitucional obriga os entes públicos, notadamente os municípios, pois, consoante a dicção dos dispositivos, são os entes municipais que atuarão

111 O tema da educação infantil não é o único relacionado ao acesso à educação que já foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. Neste sentido: quanto ao EJA, Cf. AI 658491 AgR; quanto à construção de salas de aulas, Cf. ARE 635679 AgR; quanto à contratação de professores, Cf. RE 594.018.

112 RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina. (RE 410715 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03-02-2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 RTJ VOL-00199-03 PP-01219 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300 RMP n. 32, 2009, p. 279-290)

prioritariamente na educação infantil<sup>113</sup>, a formularem medidas objetivas (políticas públicas) capazes de concretizar o direito constitucional em tela.

Aduziu-se que eventual caráter retórico da norma não pode ensejar a inação do Estado. Destarte, a adoção de uma postura que não seja de implementação de política destinada ao atendimento de crianças em creches e pré-escolas configuraria inconstitucionalidade por omissão do Poder Público. O Ministro retomou os argumentos da ADPF n.º 45 para reafirmar a “dimensão política da jurisdição constitucional”. Em seu dizer, não poderia o STF demitir-se do encargo de efetivar ou concretizar a Constituição, sendo possível o controle jurisdicional de atos dos poderes públicos, sejam comissivos ou omissivos.

Demais disso, reconheceu-se que, conquanto a prioridade em formular e implementar políticas públicas seja dada aos Poderes Executivos e Legislativos, em casos excepcionais, o Poder Judiciário tem a prerrogativa de interferir nas aludidas políticas, seja obrigando o cumprimento de uma política já definida ou colmatando omissões totais ou parciais.

Com efeito, os ditos direitos prestacionais, conceito no qual se enquadra o direito debatido, exigem do Estado uma ação positiva e implicam, portanto, em gastos orçamentários. Por outro lado, é sabido que a “reserva do possível” é um limite fático intransponível, sendo impossível concretizar todos os direitos em sua maior medida a um só tempo, uma vez que as limitações orçamentárias e financeiras são insuperáveis. Contudo, não pode o Estado “criar obstáculo artificial” à implementação do direito, devendo a “reserva do possível” ser analisada objetivamente.

Outrossim, a política de educação traçada pela Constituição revela-se como fator limitante da discricionariedade administrativa, de modo que não há uma ampla liberdade de conformação do administrador, que tem sua conduta vinculada à supremacia da Constituição.

No mesmo sentido, o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo Constitucional (ARE) n.º 639.337<sup>114</sup>, também de relatoria do

---

113 Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

**IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;** (grifo nosso)

Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

(...)

**§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.** (grifo nosso)

114 CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA

Ministro Celso de Mello. A Segunda Turma manteve o entendimento firmado no RE 410.715-AgR. Entretanto, a questão debatida foi um pouco mais ampla, merecendo destaque. Igualmente, reafirmou-se que o acesso a creches e pré-escolas por crianças até 5 (cinco) anos de idade se trata de direito público subjetivo, devendo o Estado implementá-lo através de políticas públicas. Nessa linha, asseverou-se que o dispositivo constitucional tem caráter impositivo e, portanto, limita a discricionariedade do administrador, que tem a obrigação de concretizar a norma, não podendo se furtar do seu mister constitucional. Além disso, reiterou-se que a prioridade em formular e implementar políticas públicas são atribuições da política majoritária, cabendo ao Judiciário controlá-las, excepcionalmente, caso verificada uma inconstitucionalidade por ação ou omissão total ou parcial.

Verificou-se, no caso, que havia uma omissão parcial do município de São Paulo em concretizar o preceito insculpido no art. 208, IV, CF/88, legitimando, portanto, a intervenção judicial. Nesse diapasão, justifica-se o controle judicial de políticas públicas, que tem o escopo de neutralizar os efeitos do fenômeno denominado “erosão da consciência constitucional” gerado pela inação do Estado. Ademais, ante as limitações orçamentárias e financeiras, o Estado é levado a fazer “escolhas trágicas”, elegendo prioridades dentre aquelas já determinadas pela Carta Política, isto é, determinados direitos serão priorizados em detrimento de outros.

Em que pese a existência de tais limitações, o Ministro Celso de Melo reconheceu

---

NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (...) DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. (...) A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” (...) A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. (...) LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS “ASTREINTES”. (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

que há de se garantir um “mínimo existencial”, devendo a alegação da “reserva do possível” ser auferida objetivamente. Destarte, o ente público deve comprovar que não tem condições econômico-financeiras de prover aquela pretensão que foi deduzida em juízo. Assim, a alegação deve ser acompanhada de elementos capazes de comprovar a impossibilidade econômica, tais como a peça orçamentária e sua respectiva execução. Ademais, destacou que o Estado não pode invocar a limitação orçamentária dolosamente com o escopo de exonerar de suas obrigações.

O relator põe o princípio da vedação ao retrocesso como limite material à atuação do Estado. Partiu da premissa segundo a qual os direitos prestacionais necessitam da formulação de políticas públicas para serem concretizados. Dessa forma, uma vez formuladas as políticas, o ente público não pode retroceder. Nesse diapasão, o Ministro reconheceu a possibilidade jurídica de aplicação de *astreintes* à Fazenda Pública com o objetivo de compelir o ente público a cumprir o que foi determinado na sentença. O voto do relator foi aprovado à unanimidade pela Segunda Turma<sup>115</sup>.

Ademais, conquanto não conste dos fundamentos do voto do Ministro Relator, porquanto o ente público limitou-se a alegar que havia insuficiência de recurso, sem, contudo, fazer prova disso, a Constituição dispõe que os municípios aplicarão, anualmente, no mínimo 25% (vinte e cinco por cento) das receitas provenientes de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino<sup>116</sup>.

Conforme consignado acima, a obrigação precípua dos municípios é atuar no ensino fundamental e educação infantil. Destarte, assevera Barcellos<sup>117</sup> que esses são os parâmetros de controle mais simples e objetivos de aplicar, bastando, para tanto, apurar o *quantum* em pecúnia correspondente aos 25% (vinte e cinco por cento) e verificar se foram aplicados na política pública de manutenção e desenvolvimento do ensino.

A prática tem demonstrado que os casos que necessitam de colmatação de lacunas legislativas têm sido de resolução mais fácil. O STF busca um parâmetro legal semelhante e o aplica por analogia até que a lacuna seja suprida, garantindo o exercício do direito. Foi o que ocorreu nos mandados de injunção relativos ao exercício do direito de greve dos servidores públicos e na edição da súmula vinculante sobre a aposentadoria especial, também dos

---

115 O tema quando ao direito de acesso a creches e pré-escola é pacífico no âmbito de ambas as turmas do STF, tendo sido objeto de análise dos seguintes julgados: RE 464.143-AgR, RE 384.201-AgR, RE 554.075-AgR, AI 592.075-AgR e RE 463.210-AgR.

116 Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os **Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.** (grifo nosso).

117 BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo*, op. cit., p. 18.

servidores públicos.

Contudo, as decisões que controlam políticas públicas, notadamente quando há omissão absoluta, necessitam de outros mecanismos, eis que o Poder Judiciário está apto tão-somente a realizar a microjustiça, não tendo condições nem elementos para formatar uma política pública. Vale dizer, em que pese a relevância das decisões judiciais, não se deseja que o Juiz seja administrador; sua função precípua é controlar os eventuais equívocos da política e não formular políticas públicas.

No caso acima, reconheceram-se as *astreintes* como medida coercitiva a fim de compelir o devedor – no caso, o Estado – a cumprir a obrigação de fazer reconhecida na decisão. O que se vê, entretanto, é que a multa coercitiva não tem apresentado bons resultados quando se trata de compelir o Estado a formular ou implementar políticas públicas<sup>118</sup>, porquanto carecedora de eficácia em face dos entes estatais.

A solução para o problema passa por um controle efetivo dos orçamentos, inclusive através de institutos que deem maior publicidade à peça orçamentária e à sua respectiva execução. Neste sentido, controlando a peça orçamentária ainda na sua formulação pelo Executivo e Legislativo, requereu o Ministério Público de Minas Gerais, através de ACO, a inclusão de rubrica destinada a atender o percentual mínimo de 25% (vinte e cinco por cento) das receitas dos impostos previstos no texto constitucional.

A questão é controversa e necessita de maior estudo. Contudo, na oportunidade, o STF, no julgamento do RE 190938, entendeu que o *Parquet* tinha legitimidade para propor ACP requerendo a destinação mínima do investimento que deve ser feito pelos municípios em educação, uma vez que a demanda versa sobre objeto de interesse social indisponível. Ademais, conheceu e proveu o recurso no sentido de determinar a inclusão no orçamento do ano seguinte o percentual mínimo a ser aplicado em ensino. A decisão foi assim ementada:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. MUNICÍPIO: APLICAÇÃO, NO ENSINO, DO PERCENTUAL DE 25% DA RECEITA PROVENIENTE DE IMPOSTOS. INTERESSE SOCIAL RELEVANTE: LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. C.F., art. 127, art. 129, III,

118 Neste sentido, VIOLIN, Jordão. **Processo coletivo e protagonismo judiciário**: o controle das decisões políticas mediante ações coletivas. 2011. 196 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. Disponível em: <[http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/25505/DISSERTACAO\\_COMPLETA\\_JORDAO\\_VIOLIN.pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/25505/DISSERTACAO_COMPLETA_JORDAO_VIOLIN.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 26 abr. 2014, p. 164-165: “A eficácia da multa como um meio de coerção contra o Poder Público esbarra em dois empecilhos principais: 1) seu direcionamento contra a pessoa jurídica gera um sentimento de impessoalidade que não mobiliza o agente público a cumprir a ordem judicial; 2) sua reversão em favor da parte vincula a exigibilidade da multa ao trânsito em julgado da decisão que a impôs, o que faz com que a ameaça perca o caráter de imediatidade e, conseqüentemente, a força coercitiva”.

art. 212. I. - Ação civil pública promovida pelo Ministério Público contra Município para o fim de compeli-lo a incluir, no orçamento seguinte, percentual que completaria o mínimo de 25% de aplicação no ensino. C.F., art. 212. II. - Legitimidade ativa do Ministério Público e adequação da ação civil pública, dado que esta tem por objeto interesse social indisponível (C.F., art. 6º, arts. 205 e segs, art. 212), de relevância notável, pelo qual o Ministério Público pode pugnar (C.F., art. 127, art. 129, III). III. - R.E. conhecido e provido. RE 190938, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 14/03/2006, DJe-094 DIVULG 21-05-2009 PUBLIC 22-05-2009 EMENT VOL-02361-04 PP-00865

A efetividade das decisões passa, ainda, pelo que a doutrina vem denominando de “decisões estruturais”, proferidas no âmbito do processo coletivo. Rompe-se com a tradição clássica do processo civil, especialmente quanto ao aspecto de o juiz ficar adstrito ao pedido deduzido na exordial. Ao revés, é-lhe facultado tomar as medidas necessárias para resolver a questão de fundo (admite-se, por exemplo, o estabelecimento de metas e prazos a serem cumpridos sob supervisão judicial permanente, controle prévio dos orçamentos, apresentação de planos de cumprimento pela administração pública, entre outros). Outrossim, prioriza-se a atuação pela via da conciliação dos atores e dos interessados, na busca de uma resolução negociada, até mesmo com participação no processo legislativo (deflagrando através de um parlamentar ou iniciativa popular, bem como com a convocação de audiências públicas).

#### 4.3.2 Relações homoafetivas

Foram propostas duas arguições de descumprimento de preceito fundamental acerca de relações homoafetivas, distribuídas sob o n.º 132 e 178, com vistas a dar interpretação conforme à constituição ao art. 1.723 do Código Civil. A segunda (ADPF n.º 178), proposta pela Procuradoria-Geral da República, foi recebida como Ação Direta de Inconstitucionalidade e foi distribuída sob o n.º 4.277 pela presidência do Tribunal ocorrendo a encampação do objeto da primeira ADPF (n.º 132) pela ADI (n.º 4.277).

À unanimidade, a Corte julgou procedente a ação, conferindo ainda eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes à decisão. Deu-se interpretação conforme à constituição ao art. 1.723, CC, no sentido de excluir qualquer interpretação que impeça o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. Ou seja, as uniões homoafetivas e heteroafetivas são espécies do gênero união estável, cujo regramento lhes é estendido desde que atendidos os mesmo requisitos, a saber, convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituir família<sup>119</sup>.

119 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL

Aduziu-se que o conteúdo do art. 1.723, CC, não impede o reconhecimento, pelo Estado, da união homoafetiva como entidade familiar. Neste particular, frisou-se que a doutrina já trabalhava com conceito amplo de entidade familiar (gênero), reconhecendo que a união homoafetiva era espécie daquele<sup>120</sup>. Reconheceu-se, na oportunidade, que a Constituição Federal veda qualquer discriminação quanto à origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas (art. 3º, III, CF/88), de modo que a orientação sexual não pode ser critério de discriminação. Asseverou-se, outrossim, que o Estado Brasileiro estaria firmado

---

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. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. 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-REDUCTIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). 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. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO.



sob um constitucionalismo fraternal (preâmbulo), além de ter estabelecido a dignidade da pessoa humana e o pluralismo como seus fundamentos (art. 1º, IV e V, CF/88).

Do mesmo modo, foram fundamento da interpretação o art. 5º, *caput*, CF/88, que estabelece a igualdade entre os indivíduos (segundo a interpretação que foi conferida, a orientação sexual, salvo disposição legal expressa, não poderia ser critério de descrímen) e liberdade (livre escolha da opção sexual).

O art. 5º, II, CF/88, também invocado, dispõe acerca da legalidade (se ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo em virtude de lei, inexistente, portanto, qualquer impeditivo quando ao livre uso do aparelho sexual). Fez-se, ainda, menção ao art. 5º, X (direito à intimidade e à privacidade: livre uso da sexualidade) e, por fim, ao art. 226, *caput*, este último no sentido de que a cabeça do artigo orienta seus complementos e não o inverso. Portanto, ao dispor que a família tem especial proteção do Estado, o termo é interpretado

---

IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de 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. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 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 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJE-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219- PP-00212.

120 A Desembargadora aposentada Maria Berenice Dias é referência no assunto, autora de diversos artigos e livros, dentre os quais: DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 5 ed. São Paulo: RT, 2011; \_\_\_\_\_. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. Coordenadora. São Paulo, RT, 2011; \_\_\_\_\_. **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. Em seu portal é possível ter acesso a diversos artigos sobre o tema: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/artigos.dept>>.

como entidade familiar, conceito no qual está incluso a união homoafetiva.

Em arremate, consignou-se que conferir o tratamento igualitário entre uniões homoafetivas e heteroafetivas era a solução que melhor dava concreção aos dispositivos acima elencados.

Da análise do julgado, observa-se que o Pretório Excelso exerceu a típica função contramajoritária da jurisdição constitucional, ou seja, conferiu proteção às minorias em face da maioria. A minoria há de ser entendida não apenas no sentido quantitativo (numérico), mas também no sentido jurídico: traduz-se na minoria política, incapaz de influenciar, pelas vias democráticas tradicionais, as decisões estatais.

Embora a decisão de procedência da ação tenha sido tomada à unanimidade, os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso divergiram quanto à aplicação da técnica da interpretação conforme à constituição.

Lewandowski consignou que a união homoafetiva tratava-se de uma quarta espécie de entidade familiar não prevista no art. 226, CF/88, deduzida de uma leitura sistemática da Carta Política que, igualmente, merece guarida. Para o ministro, inexistia regramento expresso na Constituição e na legislação infraconstitucional. Em seu entender, portanto, estava-se diante de uma lacuna legislativa, devendo-se aplicar, na espécie, interpretação analógica. A aludida técnica de integração, com finalidade de colmatar lacunas, aplica regramento semelhante à espécie.

Cezar Peluso, por seu turno, registrou que a Constituição, em especial o art. 226, §3º, CF/88, não exclui outras espécies de entidades familiares e acompanhou a divergência quanto à existência de lacuna que deveria ser suprida temporariamente pela Corte.

O Ministro Gilmar Mendes consignou que o dispositivo em apreço (art. 1.723, CC) se limitava a estabelecer o que estava delimitado pela Constituição, isto é, não havia outro sentido (polissemia) a ser atingido pela norma a fim de aplicar a técnica da interpretação conforme. Segundo Mendes, haveria, no caso, uma lacuna legislativa a ser colmatada provisoriamente pela Corte, a fim de promover a concreta proteção das minorias, até que fosse suprida a omissão através de edição de lei pelo Poder Legislativo. O Ministro, inclusive, traz à baila, em seu voto, um breve histórico acerca de projetos de lei e emendas à constituição que tramitam ou tramitaram sobre o tema.

O uso de técnicas não ortodoxas de interpretação constitucional foi objeto de consideração no voto do Ministro, que consignou ter a Corte superado o dogma de legislador negativo e da *self-restraint* (autocontenção) e ter aplicado a técnica da interpretação conforme

para tomar decisões interpretativas com eficácia aditiva. Afirmou, ademais, que uma atuação aditiva tem sido a solução para inconstitucionalidades por omissão.

Mais adiante, ao tratar do ativismo judicial e a possível ingerência em demasia do Poder Judiciário em questões afetas às deliberações dos Poderes Executivo e Legislativo, Gilmar Mendes aduziu que seria mais fácil para o Tribunal reconhecer que a única solução para a querela seria a edição de lei pelo Congresso Nacional. Contudo, registrou que esse tipo de decisão não tem produzido os efeitos esperados (vide a mudança de orientação quanto aos efeitos dos mandados de injunção).

Em seu dizer, a lacuna jurídica tem contribuído para o acirramento da discriminação, devendo o Tribunal, na condição de corte constitucional e no exercício da jurisdição constitucional, dar concretude à Constituição e aos direitos fundamentais. Concluiu o Ministro asseverando que não havia exorbitância do STF ao apreciar a questão, porquanto foi chamada para decidir, bem como que eventual omissão da Corte acarretaria desproteção aos direitos fundamentais.

O Ministro Celso de Mello, por seu turno, suscitou questões acerca da legitimidade democrática das decisões tomadas pelo STF. Apontou que a ampla participação das partes e a intervenção de diversas instituições da sociedade civil (na condição de *amicus curiae*) foi bastante relevante para a pluralização do debate, trazendo para a Corte os elementos necessários para resolução da questão de fundo e viabilizando a superação do déficit democrático das decisões do STF (dificuldade contramajoritária ou ausência de legitimidade democrática).

Noutra senda, reafirmou o caráter contramajoritário do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional, que, em muitos casos, é chamada para conferir proteção a grupos minoritários sob o aspecto numérico e em vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política. Ensina o Ministro que muito embora o princípio majoritário oriente, em grande parcela, a tomada de decisão política, uma maioria não pode suprir o direito da minoria ao ponto de suprimir o núcleo essencial do direito e esvaziá-lo por completo.

Quanto ao ativismo da Corte, Celso de Mello enfatizou que uma das causas que viabilizava o “comportamento afirmativo” e a “positiva criação jurisprudência do direito” residia nas omissões inconstitucionais. Portanto, o STF, ao colmatar as lacunas constitucionais e legais, estaria, na verdade, restaurando a Constituição que foi violada pela inércia estatal. Neste sentido, aduziu<sup>121</sup>:

---

121 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio 2011. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 14 de outubro de 2011.

Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade

O voto de Celso de Mello é concluído com considerações no sentido de que o protagonismo assumido pelo Poder Judiciário, em especial pelo STF, decorre do monopólio em dar a última palavra em interpretação constitucional. Deste modo, entende que o Pretório Excelso, na condição de guardião da Constituição, não pode ser furtar do seu encargo e se omitir do amparo às liberdades públicas e à concretização dos direitos fundamentais.

#### 4.3.3 Políticas afirmativas

Na ADPF n.º 186, o STF, por unanimidade<sup>122</sup>, julgou improcedente a ação e confirmou a constitucionalidade do sistema de quotas raciais estabelecido pela Universidade de Brasília a fim de promover o acesso de negros, pardos e índios ao ensino universitário.

Com efeito, as ações destinadas à inclusão de raças socialmente excluídas têm recebido críticas, sendo tema de celeuma na doutrina e jurisprudência. Porém, antes de adentrar nos fundamentos do julgamento, cumpre esclarecer a origem da expressão “ação afirmativa”. Segundo Duarte<sup>123</sup>, o termo foi cunhado nos EUA:

O termo ação afirmativa (*affirmative action*) surgiu no início da década de 60, quando os EUA definiram medidas que viriam a ser adotadas pelo governo, para corrigir ou minimizar os efeitos perversos da discriminação racial no país. Buscava-se combater o preconceito, que atingia proporções, há muito, alarmantes.

Ainda segundo Duarte, em que pese o termo ter nascido no país norte-americano, “políticas de ações afirmativas já eram aplicadas na Índia desde a década de 1940, como forma de garantir o ingresso dos intocáveis (*dalits*) no ensino superior, na Administração Pública e, inclusive, no Parlamento<sup>124</sup>”. Vê-se, portanto, que a preocupação em inserir grupos

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 29 maio 2014. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 868.

122 O julgamento foi proferido por 10 votos a 0, o Ministro Dias Tofoli jugou-se impedido, porquanto à época que exerceu o cargo de Advogado-Geral da União se manifestou pela constitucionalidade da medida.

123 DUARTE, A. C. **A constitucionalidade das políticas de ações afirmativas**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, abril/2014. Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em 22 de abril de 2014. p. 8.

124 DUARTE, A. C. **A constitucionalidade**, op. cit., p. 9.

historicamente excluídos não é recente ou exclusividade brasileira.

Isso posto, analisando a questão de fundo debatida na ADPF n.º 186, observa-se que esta se cingiu em saber se a reserva de vagas fazendo uso de critérios étnico-raciais estavam em conformidade com a Constituição Federal. Inicialmente, o Ministro Relator, Ricardo Lewandowski, estabeleceu diferenças entre a isonomia formal e material, aduzindo que para possibilitar a vertente material do princípio da igualdade, o Estado podia lançar mão de políticas públicas.

Em sequência, dividiu as políticas públicas (gênero) em duas espécies, a saber, (a) universalistas e (b) afirmativas. As primeiras têm o escopo de atender número indeterminado de pessoas, enquanto as segundas atingem grupos sociais determinados pela própria política, estabelecendo certas vantagens por tempo determinado e com revisão periódicas, voltadas, precipuamente, para a superação de desigualdades históricas.

Ademais, consignou que a igualdade material compõe o núcleo da democracia, bem como que a isonomia material encontra amparo constitucional. Em seguida, o relator, baseando-se na lição de Rawls, preconizou que somente com a aplicação da justiça distributiva, através de intervenção estatal, é possível superar desigualdades fáticas e promover acesso aos bens e oportunidades a toda coletividade.

O Ministro fez uso do conceito legal de política afirmativa constante do art. 2º, II, da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ONU, ratificada pelo Brasil, destacando que a própria definição deixa clara a transitoriedade das políticas. Outrossim, apontou critérios que têm sido utilizados pelas legislações de países que fazem uso de políticas afirmativas<sup>125</sup>:

(i) a consideração do critério de raça, gênero ou outro aspecto que caracteriza certo grupo minoritário para promover a sua integração social; (ii) o afastamento de requisitos de antiguidade para a permanência ou promoção de membros de categorias socialmente dominantes em determinados ambientes profissionais; (iii) a definição de distritos eleitorais para o fortalecimento minorias; e (iv) o estabelecimento de cotas ou a reserva de vagas para integrantes de setores marginalizados.

Em seu voto, Lewandowski demonstrou, através de precedentes do Pretório Excelso, que políticas afirmativas já haviam sido objeto de análise pela Corte, quando foram consideradas constitucionais (Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade

---

125 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do relator na arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 186.** Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em 26 abr. 2014, p. 9

1.276-SP, Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.276/SP, Recurso em Mandado de Segurança 26.071, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.946/DF e Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.946/DF).

Trouxe à baila trecho do voto do Ministro Sidney Sanches na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.946/DF, em que eram discutidas medidas afirmativas para consecução da igualdade material entre homens e mulheres no mercado de trabalho, tendo o então Ministro entendido, na oportunidade, que a política era constitucional e estava de acordo com o art. 3º, III e IV, CF/88, bem como que o estabelecimento de “discriminação positiva”, ou seja, que introduz um tratamento desigual, é constitucional e visa a atingir a igualdade material.

O Ministro Lewandowski aduziu, por um lado, que a Constituição Federal comanda que o ensino público seja desenvolvido de forma a garantir a igualdade de condições para acesso e permanência (art. 206, I, II e IV, CF/88) e que, por outro, estabelece que o acesso aos níveis superiores de ensino seja realizado de acordo com a capacidade de qualquer um. Em seu dizer, portanto, a CF/88 adota o critério da meritocracia.

Ponderou, contudo, que a meritocracia não pode ser aplicada linearmente em relação a concorrentes que se encontram em posições materialmente diferentes. Ficou estabelecido que critérios objetivos não levam em consideração distorções sociais, merecendo, destarte, receber temperamentos. Em suas palavras, a aplicação linear da meritocracia levaria, indubitavelmente, ao aprofundamento da desigualação pré-existente, acirrando distorções.

O relator retomou o texto constitucional para asseverar que a educação visa ao desenvolvimento da pessoa, preparando o indivíduo para o exercício da cidadania (art. 205). Esposou, ainda, que o art. 207, CF/88, dispõe que as universidades são dotadas de autonomia didático-científica e administrativa, bem como admitiu a legitimidade da adoção de critérios de conhecimento técnico conjugados com critérios étnico-raciais ou socioeconômicos a fim de promover o pluralismo de ideias no ambiente acadêmico (art. 1º, V, CF/88).

Quanto ao uso do critério étnico-racial, o Ministro consignou que o conceito de racismo foi debatido pela corte no caso Ellwanger. Consignou que a CF/88 estabelece o critério étnico-racial como fator de descrímen negativo para a criminalização do racismo (art. 5, XLII) e que, portanto, não haveria óbice em ser utilizado como critério de descrímen positivo nas políticas afirmativas.

Ademais, afastou o conceito biológico de raça, afirmando não existir raças

humanas, assentado que raça era um conceito histórico-cultural utilizado para subjugar determinados grupos, sendo portanto utilizável para fins de discriminação. Neste sentido, afirmou que o “reduzido número de negros e pardos que exercem cargos ou funções de relevo em nossa sociedade, seja na esfera pública ou privada, resulta da discriminação histórica que as sucessivas gerações de pessoas pertencentes a esse grupo têm sofrido”<sup>126</sup>, concluindo que as “os programas de ação afirmativa em sociedades em que isso ocorre, entre as quais a nossa, são uma forma de compensar essa discriminação, culturalmente arraigada”<sup>127</sup>.

Ressaltou o papel integrador na universidade, pontuando que são núcleos de excelência técnico-científica, configurando um *locus* privilegiado para a formação dos futuros ocupantes dos altos cargos no Brasil, de modo que a formação universitária deveria ser pautada pela diversidade. Conforme pontuou o Ministro, nos EUA, considerou-se constitucional o uso de critérios étnico-raciais conjugados com outros critérios, com vistas a heterogeneidade do corpo universitário e a corrigir marginalizações históricas. Apontou ainda que haveria discricionariedade das universidades em estabelecer os critérios admissionais. Contudo, em que pese o uso de critério étnico-raciais para a seleção do corpo docente, a Suprema Corte Americana considerou inconstitucional a reserva de vagas para determinados grupos, ou seja, em seu entender, o estabelecimento de quotas seria inconstitucional, pois ofenderia a isonomia.

No que tange aos critérios de heteroidentificação e autoidentificação, ou à conjugação dos dois modelos, consignou o Ministro que estavam em conformidade constitucional, desde que não ofendessem a dignidade dos indivíduos avaliados. Ademais, citando Ikawa, Lewandowski exemplificou alguns critérios de seleção que podem ser utilizados a fim de corrigir distorções, já que a consistência entre a autoidentificação e a heteroidentificação chega a 79% (setenta e nove por cento).

Outro ponto de debate residiu em responder se a reserva de vagas, opção feita pela política, estava em consonância com o texto constitucional. Primeiramente, o Ministro registrou que a reserva de vagas para grupos socialmente discriminados não era novidade no texto constitucional, porquanto existe a reserva de vagas para pessoas com deficiências em concursos públicos (art. 37, VII, CF/88). Neste sentido, voltou-se ao RMS 26.071, que

126 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do relator na arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 186**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em 26 abr. 2014, p. 21.

127 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do relator na arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 186**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em 26 abr. 2014, p. 22.

enfrentou o tema da reserva de vagas para pessoas com deficiências. Na oportunidade ficou assentado que:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA VISUAL. AMBLIOPIA. RESERVA DE VAGA. INCISO VIII DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. § 2º DO ART. 5º DA LEI Nº 8.112/90. LEI Nº 7.853/89. DECRETOS NºS 3.298/99 E 5.296/2004. 1. O candidato com visão monocular padece de deficiência que impede a comparação entre os dois olhos para saber-se qual deles é o "melhor". 2. A visão univalente -- comprometedora das noções de profundidade e distância -- implica limitação superior à deficiência parcial que afete os dois olhos. 3. **A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988.** 4. **Recurso ordinário provido.** (RMS 26071, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 13/11/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-02 PP-00314 RTJ VOL-00205-01 PP-00203 RMP n. 36, 2010, p. 255-261)

Afastou, assim, a tese de que a reserva de vagas para determinados grupos, ou seja, quotas, estava exaustivamente prevista no texto constitucional, de modo que é lícito ao legislador ordinário, ao formular uma política afirmativa, privilegiar um grupo socialmente marginalizado.

Superada a questão acerca da constitucionalidade da política afirmativa para acesso ao ensino superior com base em critérios étnico-raciais através da reserva de vagas, Ricardo Lewandowski tratou de analisar a transitoriedade da medida, bem como se os meios utilizados estavam aptos a fomentar o fim desejado.

A transitoriedade da política está, (nos moldes do voto do relator), baseada no fundamento de que a desigualdade fática não é decorrente de desvio genético ou natural, mas sim de marginalização histórica, de modo que, em não havendo mais a desigualdade no plano fático, não persiste razão em se manter a política afirmativa. A temporalidade da política de inclusão estava prevista no regramento utilizado pela UNB e deveria ser revisada em 10 (dez) anos, a fim de verificar se foram atingidos os fins almejados e se ainda havia a necessidade manutenção da política. Nos termos dispostos pelo Ministro em seu voto, a revisão seria benéfica também para ajustar a política devido a eventuais desvios ou falhas.

Considerou-se, então, que os meios utilizados pela política (reserva de vagas em universidades para determinados grupos) estavam aptos a fomentar o fim desejado (correção da desigualdade social). Com base nos fundamentos descritos, o pleno, à unanimidade, negou provimento à ADPF, reconhecendo a constitucionalidade da política.



Vê-se que a Corte, conquanto tenha entendido que a política pública formulada e implementada pelo Estado estava de acordo com o texto constitucional, evitando interferir nos moldes já determinados, numa clara posição de deferência, ou seja, uma posição de autocontenção judicial, utilizou-se de uma interpretação constitucional ampliativa.

A celeuma em torno do controle de políticas públicas é questão pacificada, tanto que nem foi levada em consideração pelo Ministro Relator. Demais disso, o Pretório Excelso rechaçou as teses de que a meritocracia era o único método a ser auferido para o ingresso nas universidades públicas, bem como que a reserva de vagas não tem amparo constitucional e que estava exaustivamente prevista no texto constitucional. Na mesma linha, reconheceu-se que o critério de *descri-men* era válido e voltado a corrigir uma marginalização histórica.

O tema foi novamente apreciado pelo STF no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade n.º 3.379, 3.314 e 3.330 (ambas questionavam a constitucionalidade do ProUni – programa universidade para todos)<sup>128</sup> e do RE 597285 (questionava a política de

---

128 AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 213/2004, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.096/2005. PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS – PROUNI. AÇÕES AFIRMATIVAS DO ESTADO. CUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA. 1. A FENAFISP não detém legitimidade para deflagrar o processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade. Isto porque, embora o inciso IX do art. 103 da Constituição Federal haja atribuído legitimidade ativa ad causam às entidades sindicais, restringiu essa prerrogativa processual às confederações sindicais. Precedentes. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.379 não conhecida. Participação da entidade no processo, na qualidade de *amicus curiae*. 2. A conversão de medida provisória em lei não prejudica o debate jurisdicional sobre o atendimento dos pressupostos de admissibilidade desse espécime de ato da ordem legislativa. Presentes, no caso, a urgência e relevância dos temas versados na Medida Provisória nº 213/2004. 3. A educação, notadamente a escolar ou formal, é direito social que a todos deve alcançar. Por isso mesmo, dever do Estado e uma de suas políticas públicas de primeiríssima prioridade. 4. A Lei nº 11.096/2005 não laborou no campo material reservado à lei complementar. Tratou, tão-somente, de erigir um critério objetivo de contabilidade compensatória da aplicação financeira em gratuidade por parte das instituições educacionais. Critério que, se atendido, possibilita o gozo integral da isenção quanto aos impostos e contribuições mencionados no art. 8º do texto impugnado. 5. Não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade. A imperiosa luta contra as relações desigualitárias muito raro se dá pela via do descenso ou do rebaixamento puro e simples dos sujeitos favorecidos. Geralmente se verifica é pela ascensão das pessoas até então sob a hegemonia de outras. Que para tal viagem de verticalidade são compensadas com esse ou aquele fator de supremacia formal. Não é toda superioridade juridicamente conferida que implica negação ao princípio da igualdade. 6. O típico da lei é fazer distinções. Diferenciações. Desigualações. E fazer desigualações para contrabater renitentes desigualações. A lei existe para, diante dessa ou daquela desigualação que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualação compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social. 7. Toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, como, *verbi gratia*, o segmento dos negros e dos índios. Não por coincidência os que mais se alocam nos patamares patrimonialmente inferiores da pirâmide social. A desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral não ofende a Constituição pátria, porquanto se trata de um *descri-men* que acompanha a toada da compensação de uma anterior e factual inferioridade (“ciclos cumulativos de desvantagens competitivas”). Com o que se homenageia a insuperável máxima aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, máxima que Ruy Barbosa interpretou como o ideal de tratar igualmente os iguais, porém na medida em que se igualem; e tratar desigualmente os desiguais, também na medida em que se desigualem. 8. O PROUNI é um programa de ações afirmativas, que se

cotas estabelecida pela UFRGS)<sup>129</sup>. A tese debatida quando do julgamento da ADPF n.º 186 foi vencedora, porém não foi tomada à unanimidade. Do mesmo modo, entendeu-se que os critérios estabelecidos em ambos os casos visavam a promover a igualdade material combatendo uma desigualação fática, bem como que os critérios de descrímen utilizados tinham conformação constitucional.

---

operacionaliza mediante concessão de bolsas a alunos de baixa renda e diminuto grau de patrimonilização. Mas um programa concebido para operar por ato de adesão ou participação absolutamente voluntária, incompatível, portanto, com qualquer ideia de vinculação forçada. Inexistência de violação aos princípios constitucionais da autonomia universitária (art. 207) e da livre iniciativa (art. 170). 9. O art. 9º da Lei nº 11.096/2005 não desrespeita o inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, porque a matéria nele (no art. 9º) versada não é de natureza penal, mas, sim, administrativa. Trata-se das únicas sanções aplicáveis aos casos de descumprimento das obrigações, assumidas pelos estabelecimentos de ensino superior, após a assinatura do termo de adesão ao programa. Sancionamento a cargo do Ministério da Educação, condicionado à abertura de processo administrativo, com total observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 10. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.379 não conhecida. ADI's 3.314 e 3.330 julgadas improcedentes. ADI 3330, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-055 DIVULG 21-03-2013 PUBLIC 22-03-2013

129 RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. POLÍTICA DE AÇÕES AFIRMATIVAS. INGRESSO NO ENSINO SUPERIOR. USO DE CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL. AUTOIDENTIFICAÇÃO. RESERVA DE VAGA OU ESTABELECIMENTO DE COTAS. CONSTITUCIONALIDADE. RECURSO IMPROVIDO. I – Recurso extraordinário a que se nega provimento. RE 597285, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-053 DIVULG 17-03-2014 PUBLIC 18-03-2014

## 5 LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL

Conquanto se reconheça que o ativismo judicial gerou ganhos quanto ao processo de concretização das disposições constitucionais, é preciso observar o outro lado da moeda. A doutrina vem opondo duras objeções ao neoconstitucionalismo e ao ativismo judicial, as quais, uma vez pertinentes, merecem ser enfrentadas. Sarmiento<sup>130</sup> identifica três objeções ao neoconstitucionalismo, a saber: a) “judiciocracia”; b) prevalência da ponderação e dos princípios e; c) panconstitucionalização. Ávila<sup>131</sup>, por sua vez, faz quatro críticas ao neoconstitucionalismo, quais sejam: a) apego excessivo aos princípios; b) prevalência da ponderação; c) justiça particular em detrimento da justiça geral; d) foco no Poder Judiciário.

Barroso<sup>132</sup>, por seu turno, identifica quatro objeções que em seus estudos sobre o tema: a) político-ideológica (déficit democrático do Poder Judiciário); b) capacidade institucional do Poder Judiciário e efeitos sistêmicos das decisões; c) limitação ao debate e; d) politização da justiça. Por fim, Streck<sup>133</sup> faz as seguintes críticas em sua obra: a) prevalência da ponderação como forma de realização do direito; b) pan-principiologismo e; c) discricionariedade judicial e subjetivismo do intérprete (decisionismo);

Em suma, é possível identificar seis principais objeções ao neoconstitucionalismo e, por conseguinte, ao ativismo judicial, a saber: a) déficit democrático do Poder Judiciário; b) limitação do espaço de debate; c) capacidade institucional do Poder Judiciário; d) efeitos sistêmicos das decisões; e) prevalência da ponderação e dos princípios como forma de realização do direito e; f) discricionariedade judicial e subjetivismo do intérprete (decisionismo).

A falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário tem sido apontada como um dos principais obstáculos ao exercício da jurisdição constitucional, precipuamente quando o STF resolve em última (competência recursal) ou única instância (competência originária)

130 SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo**, op. cit., p.11.

131 ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista eletrônica de Direito de Estado (REDE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 17, jan/fev/mar, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2013.

132 BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**, op. cit. e; \_\_\_\_\_. **Judicialização**, op. cit.

133 STRECK, Lênio Luiz. **Contra o neoconstitucionalismo**. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista5/Streck.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2014; \_\_\_\_\_. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 15, n. 1, p. 158-173, jul. 2010. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em: 29 abr. 2014; \_\_\_\_\_. **Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juizes”**. Disponível em: <[http://www.animaopet.com.br/primeira\\_edicao/artigo\\_Lenio\\_Luiz\\_Streck\\_hermeneutica.pdf](http://www.animaopet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf)>. Acesso em: 29 abr. 2014;

os rumos de temas de relevância social e política. Com efeito, seus membros não são eleitos, gozam de vitaliciedade e não estão sujeitos ao controle popular, ao menos de modo direto.

Sem embargo, a jurisdição constitucional tem sido apontada como um *locus* de acesso limitado quanto à linguagem e ao conhecimento técnico exigido. Na mesma senda, no que diz ainda ao déficit democrático, tem-se que o Judiciário não é tido como o poder “mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria”<sup>134</sup>, notadamente quanto às demandas que exigem conhecimento técnico específico e relativas às políticas públicas.

Normativamente, inobstante às críticas, a fonte de legitimidade da jurisdição constitucional decorre da própria Constituição. Vê-se que a jurisdição constitucional, no Brasil, é exercida por todos os juízes e tribunais através do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. A Constituição Federal de 1988 adotou o denominado controle misto de constitucionalidade, incorporando ao seu texto o controle difuso (matriz norte-americana) e o controle concentrado (matriz austríaca).

A incorporação desses dois sistemas de *judicial review* permite que qualquer juiz ou tribunal, através de controle difuso, deixe de aplicar normas que são incompatíveis com a Constituição, no que a doutrina denomina de filtragem constitucional (ou filtragem-hermenêutica-constitucional, como aduz Streck<sup>135</sup>). Ademais, confere ao STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário, a atribuição de realizar o controle concentrado, ou seja, de avaliar através de um processo objetivo a constitucionalidade em abstrato das leis e atos normativos.

A despeito de a legitimidade constitucional estar fundada no texto da Carta Política, há, de fato, um déficit democrático a ser enfrentado. No controle difuso, a garantia do contraditório, em suas duas vertentes, exerce importante função democratizante. A acepção formal do contraditório consiste no direito das partes em serem ouvidas, ou seja, de participar formalmente do processo. A vertente substancial, por sua vez, garante às partes a aptidão de influenciar no resultado final do processo, garantia esta que se materializa com a obediência à ampla defesa, direito a recursos, produção de provas etc.

Em outras palavras, vê-se que o contraditório tem o escopo de conferir às partes a prerrogativa de interferir na tomada de decisão, jungindo aos autos elementos (fatos, fundamentos jurídicos, produzir provas etc.) que permitam ao magistrado a tomar a decisão constitucionalmente adequada (correta)<sup>136</sup>.

---

134 BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização**, op. cit. p. 16.

135 STRECK, Lênio Luiz. **O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito**: a necessária concretização dos direitos humanos. Disponível em: <<http://periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/viewFile/374/603>>. Acesso em 29 abr. 2014. p. 6.

136 STRECK, Lênio Luiz. **O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas**, op. cit. p.13. Conforme aduz o autor, é direito fundamental do cidadão receber respostas constitucionalmente

Por outro lado, foram criados os institutos do *amicus curiae* e das audiências públicas pelas leis n.º 9.868/99 e 9.882/99 com o objetivo de conferir legitimidade democrática às decisões também no âmbito do STF. As audiências públicas<sup>137</sup> promovem o amplo debate com os interessados (partes, Ministério Público, sociedade civil, entes públicos, especialistas, entre outros) a fim de colher elementos (informações, provas, depoimentos etc.) para subsidiar a atuação da Corte.

Neste sentido, dispõem os artigos 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno do STF, que compete ao Presidente do Tribunal e ao relator convocar as audiências públicas, cujo objetivo é ouvir “depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria” quando necessárias para o esclarecimento de “questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante”.

A primeira audiência pública realizada no âmbito do STF ocorreu em 2007 e foi convocada pelo ministro Ayres Britto, cujo objetivo era subsidiar o debate acerca da constitucionalidade da lei de biossegurança. Desde então, já foram realizadas audiências públicas sobre mais catorze temas de relevante interesse público<sup>138</sup>.

Conquanto as audiências públicas tenham sido introduzidas através de leis que disciplinam o controle abstrato de constitucionalidade, têm sido utilizadas também para subsidiar o julgamento de demandas relativas ao controle difuso (recursos extraordinários, suspensão de tutela antecipada, entre outros).

O *amicus curiae*, por sua vez, em papel semelhante ao desempenhado pelas audiências públicas, garante a democratização no processo concentrado de constitucionalidade. Trata-se de uma abertura processual que objetiva jungir ao debate elementos que sejam importantes para o deslinde da causa. A sua aceitação na causa depende da relevância da matéria e a representatividade do postulante, a critério do relator. No julgamento da ADI 4.277, por exemplo, foram admitidos quinze *amici curiae*.

Ambos os institutos, ao mesmo tempo que legitimam a jurisdição constitucional, promovendo amplo debate com a sociedade civil, democratizam o *locus* público, ao permitir que atores que não dominam o conhecimento e a técnica jurídica possam influenciar a decisão do órgão jurisdicional.

Sendo assim, deve o Poder Judiciário, quando assumir postura ativista, permitir a

---

corretas/adequadas do poder judiciário.

137 Cumpre registrar que as audiências públicas não são realizadas apenas no âmbito do STF, a título exemplificativo, a Constituição Federal prevê que comissões do congresso realizem audiências públicas, bem como a lei orgânica do Ministério Público dispõe que cabe ao *Parquet* promover audiências públicas.

138 Acerca das audiências públicas realizadas e previstas no âmbito do STF, Cf., Tabela II no apêndice do presente trabalho.

maior abertura processual possível, convocando autoridades, órgãos especializados e entes públicos para realização de audiências públicas ou para exercerem a função *amicus curiae*, buscando a construção de um provimento judicial com ampla participação e colaboração dos interessados e ampliando a legitimidade democrática da decisão.

Atenta a essa realidade, a comissão de juristas responsável pelo anteprojeto do novo código de processo civil<sup>139</sup>, que se encontra em análise no Congresso Nacional, previu a figura do *amicus curiae* como modalidade de intervenção de terceiros no procedimento comum<sup>140</sup>. A proposta almeja que a abertura processual para participação do *amicus curiae* ocorra ainda na primeira instância de jurisdição, uma vez que essa modalidade de intervenção visa, como dito supra, munir o magistrado de elementos essenciais ao deslinde da causa, a fim de proferir provimento judicial que melhor atenda às peculiaridades do caso.

Por outro lado, consoante anunciado, o Poder Judiciário não é dotado de capacidade técnica para tomar decisões que necessitem de conhecimento técnico específico e que demande amplo conhecimento acerca de políticas públicas. É fato que os demais Poderes (Executivo e Legislativo) contam com corpo técnico cujo objetivo é auxiliar a tomada de decisão política (ministérios, secretarias, órgãos consultivos etc.), bem como que detêm conhecimento macro sob a questão em análise.

Nesse diapasão, as audiências públicas e o *amicus curiae* cumprem papel relevante, porquanto trazem para o processo judicial elementos que embasem a decisão do magistrado. Em que pesem a importância desses institutos, é de se reconhecer que algumas demandas exigem conhecimento que não está ao alcance do Poder Judiciário. Nesses casos é aconselhada a busca por uma solução dialogal (solução negociada), porquanto é sabido que escolhas políticas levam em consideração, no momento de sua formulação e implementação, critérios técnicos (abrangência, objetivos, prazo, impacto, público alvo, limites orçamentários etc.) alheios ao conhecimento jurídico e voltados à consecução dos melhores resultados, existindo vários modelos de abordagem dos problemas, os quais apresentam soluções diversas<sup>141</sup>.

Outrossim, a ausência desses conhecimentos não permite que o Poder Judiciário possa prever os efeitos das suas decisões no sistema como um todo. A impossibilidade de

139 BRASIL, Congresso Nacional. Senado Federal. Código de processo civil: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 29 mai. 2014.

140 Art. 320. O juiz ou relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da lide, poderá, por despacho irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural, órgão ou entidade especializada, no prazo de dez dias da sua intimação.

141 BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização**, op. cit. p. 16.

mensurar os efeitos sistêmicos das decisões judiciais é apontada como dificuldade ao controle jurisdicional de políticas públicas. De fato, uma decisão que bloqueia verbas ou determina que o Estado forneça um tratamento de saúde interfere diretamente no planejamento da política pública e na execução orçamentária do ente público. Contudo, tal objeção não permite que o magistrado deixe de apreciar a demanda.

Na tentativa de superar tais problemas, os intérpretes têm recorrido, diuturnamente, aos princípios constitucionais e à técnica de ponderação. Contudo, observa-se que, invariavelmente, os princípios têm sido utilizados apenas como “muleta retórica” nas decisões judiciais. Recorre-se a normas de baixa densidade normativa sem, contudo, superar o ônus argumentativo que deles decorrem.

Neste sentido, a 21ª Câmara Cível do TJ-RS, condenou o Estado do Rio Grande do Sul ao fornecimento de medicamento para disfunção erétil, sob o fundamento de que o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito da personalidade compreendiam o direito à sexualidade. Assim, seria dever do Estado fornecer o tratamento médico adequado ao demandante. Em seu voto, o relator assim consignou:

Consequência de paraplegia congênita dos membros inferiores, o Apelado apresenta quadro de disfunção erétil, por isso recomendado o uso do medicamento CAVERJECT 15mg, de aplicação intracavernosa.

A disfunção erétil, de etiologia orgânica, como no caso, caracteriza-se pela conservação da libido, da excitação sexual e até mesmo na tumescência peniana, incompatível, todavia, com a penetração.

**Fácil compreender, por isso, o quanto abala o psiquismo a comprometer a saúde do paciente, podendo levá-lo ao óbito, como relata a literatura médica.**

Mais do que isso, a pessoa humana é protegida na sua personalidade e dignidade, com vista à plena integridade e desenvolvimento físico e moral. “O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo”, como assenta Luis Roberto Barroso (Interpretação e Aplicação da Constituição – Saraiva – sexta edição – pag. 381). E tem expressão jurídica na lei constitucional (art. 1º, III).

**Na verdade, o princípio da dignidade da pessoa humana não compreende apenas a proteção à vida ou à integridade física; também a saúde, o prazer, a tranquilidade, os sentimentos, a inteligência, a educação, a força de trabalho, a capacidade criadora, o poder de iniciativa, e, para o caso, a paternidade, a coabitação e a constituição da família.**

**E no contexto do direito de personalidade e do princípio da dignidade da pessoa humana é que se insere o direito à sexualidade, seja no âmbito dos deveres conjugais, com referência ao débito conjugal, seja no direito à paternidade, à coabitação, à constituição da família, “base da sociedade”, a que deve proteção o Estado ( CF - art. 226).**

E de tudo isso ver-se-á privado o Apelado se **o Estado, como é de seu dever, não lhe dispensar o tratamento clinicamente recomendado, em flagrante desafeição ao princípio da dignidade da pessoa humana**, não bastasse agravar o infortúnio<sup>142</sup>.

142 BRASIL, TJ-RS - Apelação e Reexame Necessário: REEX 70038701447 RS, Relator: Genaro José Baroni Borges, Data de Julgamento: 11/05/2011, Vigésima Primeira Câmara Cível. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/download?>

(grifo nosso).

O caso é pitoresco, porém serve para reflexão. O Estado realmente violou a dignidade do demandante ou impediu o livre desenvolvimento de sua personalidade por não fornecer na sua política de medicamentos tratamento para disfunção erétil? No deslinde da causa sequer foi observado se havia política pública, se existia tratamento alternativo previsto na política do Estado ou o motivo daquele medicamento não estar incluso na política. Com efeito, a questão de fundo (obrigação do Estado em fornecer ou não o medicamento) foi resolvida em apenas sete parágrafos enquanto a condenação ou não do Estado em verba de sucumbência foi objeto de mais de metade do acórdão<sup>143</sup>.

O apelo ao princípio da dignidade da pessoa humana não passou de mero apoio retórico e isso tem sido recorrente na jurisprudência brasileira. É o que Streck<sup>144</sup> denomina de pan-principiologismo. Neste sentido:

Trata-se de uma espécie de “bolha especulativo-principiológica”, pela qual o jurista/intérprete, na falta de uma lei adequada ou até mesmo da norma constitucional, lança mão de um catálogo interminável de princípios. Se princípios são normas – questão sobre a qual parece haver consenso (há pelos menos duzentas teses de doutorado no Brasil tratando disso) – o que fazer com “princípios” como da “precaução”, “da rotatividade”, “da afetividade”, “da solidariedade”, “da confiança no juiz de causa”, “do fato consumado”, “da humanidade”, “da cooperação”, para falar de uma pequena parte desses standards retórico-performáticos?

O elevado grau de vagueza dos princípios constitucionais, bem como a preponderância da ponderação na realização do direito tem contribuído para um alto grau de subjetivismo e discricionariedade judicial. De fato, a jurisdição constitucional pode muito, mas não pode tudo. A título de concretizar o texto constitucional, o intérprete/aplicador não pode se sobrepor ao texto constitucional e às normas democraticamente produzidas (deve respeito ao processo legislativo e a preceitos constitucionais). Agir desta maneira compromete a unidade e a coerência da Constituição, representando, na verdade, uma contradição interna; ou seja: a título de concretizar a Constituição, o intérprete/aplicador acaba por fragilizar o seu texto.

Essa interpretação fluida da constituição tem levado ao que Streck denomina de “justiça lotérica”<sup>145</sup>. As decisões judiciais não são atos de vontade ou de escolha do

---

key=VEpSUy9JVC9SRUVYXzwcMDM4NzAxNDQ3X1JTXzEzMDg3NzczNjU0NDQuZG9j>. Acesso em 03 mai. 2014. p. 5-6

143 Cf. TJ-RS - Apelação e Reexame Necessário: REEX 70038701447 RS, op. cit. p. 6-11.

144 STRECK, Lênio Luiz. **O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas**, op. cit. p. 5.

145 PINHEIRO, Aline. Ativismo judicial não é bom para a democracia. 2009. Entrevista com Lênio Luiz Streck.



intérprete/aplicado e assim como os demais atos dos poderes públicos são passíveis de controle. Para tanto, segundo Streck<sup>146</sup>, devem ser fundamentadas:

é necessário justificar – e isto ocorre no plano da aplicação – detalhadamente o que está sendo decidido. Portanto, jamais uma decisão pode ser do tipo “Defiro, com base na lei x ou na súmula y”. A justificativa (a fundamentação da fundamentação, se assim se quiser dizer) é condição de possibilidade da legitimidade da decisão. Isso é assim porque o sentido da obrigação de fundamentar as decisões previsto no art. 93, inc. IX, da Constituição do Brasil implica, necessariamente, a justificação dessas decisões.

O art. 93, IX, CF/88 impõe ao intérprete/aplicador o ônus de fundamentar juridicamente sua decisão, sob pena de nulidade. Não se pode olvidar que a partir da fundamentação é possível realizar o controle das decisões dos magistrados. Ou seja, com vistas a garantir a integridade e coerência do direito<sup>147</sup>, evitando “*decisionismos do sujeito solipsista*”, a análise da fundamentação permite que se avalie a conformidade com a Constituição de determinado provimento judicial. Consoante aduz Streck<sup>148</sup>, decisões devidamente fundamentadas não demandam “esclarecimentos acerca da *holding* ou do *dictum* da decisão”. Vale dizer, o magistrado tem o dever de expor, analítica e exaustivamente, os fundamentos e os elementos de convicção que dão lastro ao provimento judicial.

Nesse diapasão, a jurisdição constitucional é fundamental para manter a integridade do direito. Através do fortalecimento e uniformização da jurisprudência, é possível conferir maior segurança à atividade jurisdicional, visto que os fundamentos de um precedente firmado por um órgão de cúpula do Poder Judiciário orientariam julgamentos de casos semelhantes pelos juízos que lhe são hierarquicamente subordinados. Segundo Streck,<sup>149</sup> “haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões forem aplicados para os outros casos idênticos; mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do

---

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso em: 01 mai. 2014: “a desatenção e falta de comprometimento dos julgadores com as determinações constitucionais e, ainda, com a integridade e a coerência do Direito. O que ocorre é que, a partir da desculpa dos termos vagos, ambíguos ou de textura aberta, tomam-se decisões de conveniência ou com base em argumentos de política, de moral ou de economia. Acabamos por confundir a era dos princípios e a abertura semântica, que sempre existe, com autorização para uma livre atribuição de sentido, como se existisse um grau zero de sentido. Assim, enfraquece-se a autonomia do Direito e a doutrina. Um exemplo que ilustra bem esse já referido estado de natureza hermenêutico consiste numa conhecida decisão do então ministro Humberto Gomes de Barros, do STJ, na qual ele afirmou julgar de acordo com a sua consciência, sustentando que a doutrina deveria se amoldar ao pensamento dos membros do respectivo tribunal. Ora, se os juízes seguirem esse conselho — e parcela considerável parece que segue — quem segura o sistema?”

146 STRECK, Lênio Luiz. **O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas**, op. cit. p.11.

147 STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica, neoconstitucionalismo**, op. cit. p. 28; \_\_\_\_\_. **O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas**, op. cit. p.12.

148 STRECK, Lênio Luiz. **O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas**, op. cit. p.11

149 STRECK, Lênio Luiz. **O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas**, op. cit. p.12

direito a partir da força normativa da Constituição”.

Dessa forma, o desenvolvimento de *standards* decisórios e do *stare decisis*<sup>150</sup> é fundamental para a conservação da coerência e integridade do ordenamento. Com efeito, observa-se que a decisão monocrática proferida no julgamento do AgR na STA n.º 175 cumpriu esse objetivo, posto que, na oportunidade, foram estabelecidos parâmetros decisórios que devem ser observados quando do controle de políticas públicas relativas ao fornecimento de medicamentos.

Resta, assim, claro que os *standards* decisórios geram maior segurança jurídica, pois possibilitam que haja certa previsibilidade quanto à tutela jurisdicional pretendida. Demais disso, os padrões decisórios se mostram relevantes quando for necessário realizar controle da decisão judicial, uma vez que as partes sabem, de antemão, o caminho que será – ou deveria ter sido – percorrido na tomada de decisão, tendo acesso aos fundamentos e elementos de convicção que conduziram o magistrado.

Neste mesma linha, o anteprojeto do CPC, no título referente aos processos nos tribunais, prima pela uniformidade e estabilidade das decisões judiciais<sup>151</sup>, prevendo a edição de súmulas da jurisprudência dominante do tribunal, a obrigação dos órgãos fracionários em seguirem a orientação do plenário ou órgão especial, bem como consignando que a jurisprudência pacificada dos tribunais deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados.

---

150 Streck sugere o desenvolvimento de uma teoria da decisão judicial a fim de superar a discricionariedade do sujeito solipsista característica do positivismo jurídico. Cf.: STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica judicial em crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014; \_\_\_\_\_. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014; LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial**: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

151 Art. 847. Os tribunais valerão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte:

I – sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante;

II – os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, neste ordem;

III – a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados;

IV – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia;

V – na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.

§ 2º Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria.

Outrossim, o anteprojeto dispõe que a jurisprudência do STF e dos tribunais superiores deve nortear todos os tribunais e juízos singulares, com escopo de evitar decisões conflitantes e fragmentação do sistema. Ali, buscou-se definir como deve ocorrer a mudança da jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores, privilegiando a estabilidade das relações jurídicas e da legitimidade democrática, com previsão da realização por procedimento autônomo, com realização de audiências públicas e participação de *amicus curiae*.

Por outro lado, é de se ponderar que, além das soluções aqui abordadas, o diálogo interinstitucional se apresenta como uma solução para o déficit democrático das decisões judiciais, uma vez que permite a construção de uma decisão negociada com ampla colaboração dos interessados, visando, primeiramente, uma solução pela via da conciliação. Não se pode olvidar que o diálogo interinstitucional mitiga os indesejáveis efeitos sistêmicos das decisões judiciais e tende a minimizar o predomínio de um poder sobre o outro, possibilitando maior harmonia entre os poderes constituídos, visto que todos os interessados colaboram dialogicamente na tomada de decisão<sup>152</sup>. Neste esteio, importante trazer à baila a lição de Arenhart<sup>153</sup>:

Assim, pode a sentença delegar a execução ou a fiscalização do julgado a outros órgãos, criar etapas para o cumprimento da ordem judicial, nomear terceiros encarregados de esboçar plano de cumprimento, ou adotar outras providências que a situação concreta requeira. Enfim, deve haver ampla margem para a gestão da decisão judicial, de modo a compatibilizá-la com as necessidades da situação concreta e com as possibilidades das partes. Pode-se, por exemplo, ditar à Administração Pública o objetivo a ser alcançado, reservando-lhe a escolha dos meios e preservando sua discricionariedade, ou se pode estabelecer desde logo um cronograma de atividades a serem adotadas. Pode-se impor certas condutas ao réu, ou deixar essa determinação a um órgão técnico especializado. Pode-se escalonar medidas a serem adotadas no tempo, com prestação de contas periódicas, ou mesmo nomear um interventor fiscalizador para acompanhar o desenvolvimento da satisfação à prestação jurisdicional.

Vê-se que o autor invocado aponta para a construção de uma decisão com ampla

152 ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de Araújo. **Supremacia ou diálogos judiciais?** O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da letra institucional. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/19791312>>. Acesso em 29 mai. 2014. p. 17-18: “as instituições devem atuar dialogicamente, buscando alcançar uma deliberação que atenda aos interesses e valores da coletividade, resultados de uma prática discursiva racional e verificando o respeito empenhado aos fundamentos constitucionais e da razão pública. Desta forma, é certo que a atuação das instituições é guiada pelos valores constitucionais conforme os fundamentos da ordem democrática, e que, portanto, esta dinâmica de condutas institucionais se fundamenta na necessidade de se firmar tanto um equilíbrio entre o Poder Executivo, Poder Judiciário e Poder Legislativo, quanto de se ressaltar a importância das instituições frente ao Estado”

153 ARENHART, Sergio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. Revista de Processo: São Paulo, v. 38, n. 225, p. 389-410.

participação dos interessados (partes, administração pública, órgãos técnicos, associações civis etc), permitindo que seja gerida de acordo com as necessidades da demanda, inclusive com execução diferida (implementação gradativa), mas com estabelecimento de planos e metas de cumprimento em constante supervisão judicial.

As propostas do autor supõem a colaboração das partes e o diálogo institucional, através do aprofundamento do contraditório. Para que tenham êxito, necessitam, igualmente, que seja superada a visão clássica da separação dos poderes, bem como a mitigação do princípio da demanda e da vinculação ao pedido, posto que o juiz deve ter a iniciativa de instigar as partes a colaborar. Além disso, o provimento não poderia ficar adstrito aos pedidos formulados, mas sim ao bem tutelado. Dessa forma, a execução não se encerraria num único ato (penhora, sequestro, busca e apreensão etc.), mas exigiria a prática de vários atos, com o objetivo de melhor tutelar o bem em disputa.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a ascensão institucional do Poder Judiciário, bem como o processo de judicialização e o fenômeno do ativismo judicial são consectários do constitucionalismo adotado no Brasil com a redemocratização pós-regime militar. Os dois primeiros decorrem diretamente do modelo constitucional perfilhado, dado que o constituinte atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o encargo de ser o guardião da Constituição, conferindo a esse órgão a prerrogativa de dar o último sentido em matéria constitucional. Demais disso, consoante assentado, promoveu-se uma ampla constitucionalização do direito.

A constitucionalização ocasionada pelos textos constitucionais pós-guerra (nas duas vertentes expostas acima) diminuíram severamente a liberdade de conformação do legislador e do administrador, de tal modo que não há discricionariedade em cumprir ou não as disposições constitucionais dotadas de normatividade. Imersa nessa nova perspectiva, a jurisdição constitucional se notabiliza como *locus* de concretização do texto constitucional, ante a mudança de paradigma no Estado Democrático de Direito.

O ativismo judicial, por seu turno, se desenvolve num contexto de normatividade dos preceitos constitucionais e inação dos poderes estatais. A crise de funcionalidade dos poderes Executivo e Legislativo abre espaço para atuação ativista do Poder Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal, pois, quando instado a decidir não pode se abster, devendo proferir decisão constitucionalmente adequada. Essa atuação expansiva do Poder Judiciário não impede que o órgão originalmente incumbido de determinada tarefa constitucional venha a exercer sua atribuição plena.

Vê-se que o ativismo judicial tem apresentado bons resultados quanto à concretização do texto constitucional e proteção das minorias. Contudo, não se pode ser ingênuo a ponto de acreditar que o agir proativo é a solução para todos os problemas. Esse atuar merece temperamento e carece de limitação.

Não se deseja que o Juiz seja administrador ou legislador. Para que tenha vez, pressupõe-se um Estado em que haja disfunções graves nos poderes estatais ou violações contumazes de direitos fundamentais pelo próprio Estado, as quais, uma vez inexistentes, demandam uma atuação judicial mais contida. Nessa contexto, o ativismo passaria a ser exceção, e não a regra na prestação jurisdicional.

Doutra banda, não se pode olvidar que este é o maior período de estabilidade democrática da república brasileira, não obstante faça apenas vinte e seis anos da

promulgação da atual Constituição. Há de se ter em mente que o desenvolvimento das instituições e do debate interinstitucional depende, igualmente, do amadurecimento e desenvolvimento da democracia no país (ainda jovem), bem como do fortalecimento de seus institutos.

O fato de o Poder Judiciário, através da jurisdição constitucional, ser o responsável por dar o último sentido à Constituição impõe a necessidade de se desenvolver uma nova teoria jurídica da decisão que comporte as características peculiares da jurisdição constitucional. As decisões judiciais não são atos de vontade e, como tal, devem ser fundamentadas ante a imposição do art. 93, IX, CF, sob pena de nulidade.

Outrossim, os princípios constitucionais exercem papel imprescindível para a integridade e coerência do sistema constitucional. Destarte, não podem ser utilizados como “muletas retóricas” pelo intérprete a fim de concretizar o texto constitucional através da ponderação. Tal agir carrega uma contradição interna, pois, com o escopo de concretizar, o interprete/aplicador acaba fragilizando o sistema. A utilização dos princípios impõe um ônus argumentativo maior, uma vez que são normas dotadas de baixa densidade normativa. A solução dos subjetivismos e decisionismos passa pelo desenvolvimento de *standards* decisórios e do *stare decisis*.

Portanto, o Poder Judiciário, quando assumir postura ativista deve prezar pela construção de uma decisão dialógica, com ampla participação dos atores constitucionais e sociais, minimizando o déficit democrático e mitigando os efeitos sistêmicos das suas decisões. Para tanto, deve fazer uso dos institutos das audiências públicas e do *amicus curiae*. O ativismo judicial não implica necessariamente em discricionariedade ou subjetivismo, mas sim um modo proativo de interpretar e concretizar a Constituição ante a inércia dos demais poderes em realizar o seu mister.

## REFERÊNCIAS

117 dispositivos constitucionais serão regulamentados. **Consultor Jurídico**. Comissão Especial. São Paulo: 07 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-07/congresso-cria-comissao-regulamentar-117-dispositivos-constitucionais>>. Acesso em 20 abr. 2014.

'Ativismo' do STF foi resposta ao esquema do mensalão, diz ministro. **Folha de São Paulo**. Poder. São Paulo. 16 jun. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/06/1294197-ativismo-do-stf-foi-resposta-ao-esquema-do-mensalao-diz-ministro.shtml>>. Acesso em: 06 jan. 2014;

ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de Araújo. **Supremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da letra institucional**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/19791312>>. Acesso em 29 mai. 2014.

ARENHART, Sergio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. Revista de Processo: São Paulo, v. 38, n. 225, p. 389-410.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista eletrônica de Direito de Estado (REDE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 17, jan/fev/mar, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2013.

BARCELOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em: 10 jan 2013

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Perfis do controle jurisdicional de políticas públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva**. 2006. 231 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2006.

BARROSO, Luís. Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 9 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. **Constituição, democracia e supremacia judicial:** direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <>. Acesso em: <[http://www.oab.org.br/editora/revista/revista\\_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf)>. Acesso em 09 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxo:** teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a\\_americanizacao\\_do\\_direito\\_constitucional\\_e\\_seus\\_paradoxos.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_americanizacao_do_direito_constitucional_e_seus_paradoxos.pdf)>. Acesso em 09 jan. 2014.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estud. av.** [online], São Paulo, 2004, vol.18, n.51, pp. 127-150. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf>>. acessos em 6 jan. 2014.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Dispositivos constitucionais pendentes de regulamentação.** Brasília: Centro de documentação e informação, 2008. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/53a-legislatura-encerradas/CECONSTI/dispositivos-constitucionais-pendentes-de/Dispositivos%20Constitucionais%20Pendentes%20de%20Regulamentacao%20-%20Publicacao%202008.pdf/view>>. Acesso em: 21 abr. 2014

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Senado Federal. Código de processo civil: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteproje-to.pdf>>. Acesso em 29 mai. 2014.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 29 mai. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 29 maio 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466343. Relator: Ministro



Cezar Peluso. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 05 jun. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 29 maio 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 20. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 19 de maio de 1994. **Diário da Justiça**. Brasília, 22 novembro. 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>>. Acesso em: 29 maio 2014

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 670, Ministro Maurício Corrêa, Relator para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 25 de outubro de 2007. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 31 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=558549>>. Acesso em: 29 maio 2014

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Voto do relator na arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 186**. Relator Ministro Ricardo Lewadowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em 26 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 708. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 25 de outubro de 2007. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 31 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. Acesso em: 29 maio 2014

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 712. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 25 de outubro de 2007. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 31 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 29 maio 2014

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante n.º 33**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados\\_Sumula\\_Vinculante\\_STF\\_1\\_a\\_29\\_e\\_31\\_a\\_33.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_1_a_29_e_31_a_33.pdf)>. Acesso em: 29 maio 2014

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Decisão monocrática no AgR na STA n.º 175**. Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.jfpr.jus.br/arquivos/office/403aac7e82419a99b287bcc230287657.pdf>>. Acesso em 22 de abril de 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação cível n.º 408729/CE**. Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti. Recife, PE, 24 de maio de 2007. Disponível em: <[http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TRF5/IT/AC\\_408729\\_CE\\_24.05.2007.pdf](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TRF5/IT/AC_408729_CE_24.05.2007.pdf)>

Signature=WVF53CFvmwtHzNILcD2Qv5Y0Rs8%3D&Expires=1401409023&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf>. Acesso em: 26 maio 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Audiências públicas:** realizadas. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>>. Acesso em: 22 abr. 2014

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão geral no recurso extraordinário n.º 566471.** Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 24 outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=2582069>> Acesso em: 23 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n.º 583553. Ministro Celso de Melo. Brasília, DF, 06 de maio de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico.** Brasília, DF, 24 de maio de 2010. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9269438/agravo-de-instrumento-ai-583553-sc-stf>> Acesso em: 29 maio 2014. e

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n.º 583136. Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 11 de novembro de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico.** Brasília, DF, 24 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14768660/agravo-de-instrumento-ai-583136-sc-stf>> Acesso em: 29 maio 2014.

\_\_\_\_\_. 3ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. **Tutela antecipada no processo n.º 24632-32.2014.01.3400.** Juiz Bruno César Bandeira Apolinário. Brasília, DF, 03 de abril de 2014. Disponível: <<http://portal.trf1.jus.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=2C908250452907C801452DDA486910E7>>. Acesso em: 23 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 410715. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 22 de novembro de 2005. **Diário da justiça.** Brasília, DF, 03 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762513/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-410715-sp>>. Acesso em: 29 maio. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática na arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 45. Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. **Diário da Justiça da União,** Brasília, DF, 04 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF> - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível" (Transcrições)>. Acesso em: 29 maio 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º ARE 639337. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 23 agosto de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 15 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 29 maio 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 190938. Relator Ministro Carlos Velloso., Relator para acórdão Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 14 de março de 2006. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 22 de maio de 2009. Disponível em: <[http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE\\_190938\\_MG\\_1279046055561.pdf?Signature=6DqyB8QmWdi3i3YtJVfXOrgunek%3D&Expires=1401411256&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE_190938_MG_1279046055561.pdf?Signature=6DqyB8QmWdi3i3YtJVfXOrgunek%3D&Expires=1401411256&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf)>. Acesso em: 29 maio 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 14 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 29 maio 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em mandado de segurança n.º 26071. Relator Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 13 de novembro de 2007. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 1º de fevereiro de 2008. Disponível em: <[http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RMS\\_26071\\_DF\\_1279002845196.pdf?Signature=SrdVc9LboA7fZVLzLFmBUDSPQs0%3D&Expires=1401411421&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RMS_26071_DF_1279002845196.pdf?Signature=SrdVc9LboA7fZVLzLFmBUDSPQs0%3D&Expires=1401411421&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf)>. Acesso em: 29 maio 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3330. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 03 de maio de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 22 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3530112>>. Acesso em: 29 maio 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 597285. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 09 de maio de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 18 de março de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5455998>>. Acesso em: 29 maio 2014.

Câmara investigará denúncia sobre venda de emendas parlamentares: Marco Maia nega que haja esquema generalizado e diz que denúncia será enviada imediatamente à Corregedoria, para ser investigada. **Agência Câmara de Notícias**. Brasília. 19 jun. 2012. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/420290-CAMARA->

INVESTIGARA-DENUNCIA-SOBRE-VENDA-DE-EMENDAS-PARLAMENTARES.html>. Acesso em: 21 abr. 2014.

CIPRIANI, Juliana. Constituição Federal espera há 25 anos regulamentação: Constituição tem nada menos que 142 dispositivos que ainda não foram regulamentados por legislação ordinária ou complementar. Comissão tenta preencher esse vácuo jurídico . **Estado do Minas**. Belo Horizonte. 07 jul. 2014. Disponível em:

<[http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2013/07/07/interna\\_politica,418167/constituicao-federal-espera-ha-25-anos-regulamentacao.shtml](http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2013/07/07/interna_politica,418167/constituicao-federal-espera-ha-25-anos-regulamentacao.shtml)>. Acesso em 20 abr. 2014.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. 2 v.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

DUARTE, A. C. **A constitucionalidade das políticas de ações afirmativas**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, abril/2014. Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em 22 de abril de 2014

Emendas, balcão de negócios. **O Estado de São Paulo**. Opinião. São Paulo. 20 dex. 2011. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,emendas-balcao-de-negocios,813258,0.htm>>. Acesso em 21 abr. 2014.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um "ativismo judicial" sem precedentes - Luiz Flávio Gomes. **Clubjus**, Brasília-DF: 31 maio 2009. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?coluna=371>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

GONÇALVES, Anderson. 25 anos depois, ainda há 117 dispositivos da Constituição sem regulamentação. **Gazeta do Povo**. Londrina, 04 out. 2013. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/justica-direito/conteudo.phtml?id=1413681>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

**José Afonso da Silva aborda o ativismo judicial em seminário da OAB**. Brasília, 12 jun.

2013. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/25758/jose-afonso-da-silva-aborda-o-ativismo-judicial-em-seminario-da-oab>>. Acesso em: 06 jan. 2014.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PASSOS, Vladimir de Freitas. **Creches, ativismo judicial e reflexos nos municípios**. 2013. Consultor Jurídico. Segunda leitura. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-09/segunda-leitura-creches-ativismo-judicial-reflexos-municipios>>. Acesso em: 19 abr. 2014

PICCIANI, Leonardo. **Proposta de emenda à constituição nº 511, de 2006** (apenas as de nºs 560/2002, 35/2003, 155/2003, 158/2003, 213/2003, 219/2003, 261/2004, 264/2004, 305/2004, 322/2004, 323/2004, 328/2004, 331/2004, 336/2004, 368/2005, 371/2005, 384/2005, 400/2005, 420/2005, 431/2005, 477/2005, 491/2005, 514/2006, 518/2006, 532/2006, 54/2007, 111/2007, 118/2007, 156/2007 e 234/2008). Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/549553.doc>>. Acesso em: 18 fev. 2014.

PINHEIRO, Aline. **Ativismo judicial não é bom para a democracia**. 2009. Entrevista com Lênio Luiz Streck. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso em: 01 mai. 2014

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível e Reexame Necessário nº 70038701447**. Relator Desembargador Genaro José Baroni Borges. Porto Alegre, RS, 11 maio 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/download?key=VEpSUy9JVC9SRUVYXzCwMDM4NzAxNDQ3X1JTXzEzMDg3NzczNjU0NDQuZG9j>>. Acesso em 03 mai. 2014. p. 5-6

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Senado e Câmara criam comissão para regulamentar dispositivos constitucionais. **Portal de**

**Notícias.** Brasília. 20 mar. 2013. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/03/20/senado-e-camara-criam-comissao-para-regulamentar-dispositivos-constitucionais>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

SETTI, Ricardo. Compra de emendas parlamentares: Alkimin tem o dever moral de liberar turanos para a criação de uma CPI. **Veja**. Política & Cia. São Paulo, Abril. 03 mai. 2011. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/politica-cia/compra-de-emendas-parlamentares-alkmin-tem-o-dever-moral-de-liberar-tucanos-para-a-criacao-de-uma-cpi/>>. Acesso em 21 abr. 2014.

SOARES, Nicolau. Ayres Britto descarta "ativismo" e diz que STF age contra "inércia" do Congresso. **Rede Brasil Atual**. São Paulo. 20 mai. 2013. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2013/05/ayres-britto-rechaca-acusacao-de-ativismo-judiciario-e-defende-atuacao-do-stf-6629.html>>. Acesso em: 06 jan. 2014;

STRECK, Lênio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** 2013. Consultor Jurídico. Senso incomum. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 19 abr. 2014

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”**. Disponível em: <[http://www.anima-opet.com.br/primeira\\_edicao/artigo\\_Lenio\\_Luiz\\_Streck\\_hermenutica.pdf](http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermenutica.pdf)>. Acesso em: 29 abr 2014.

\_\_\_\_\_. **Contra o neoconstitucionalismo**. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista5/Streck.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2014;

\_\_\_\_\_. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 15, n. 1, p. 158-173, jul. 2010. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em: 29 abri. 2014;

\_\_\_\_\_. **O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito:** a necessária concretização dos direitos humanos. Disponível em: <<http://periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/viewFile/374/603>>. Acesso em 29 abr. 2014.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil:** riscos e possibilidades. Disponível em: <<http://direitoesubjetividade.files.wordpress.com/2010/08/daniel-sarmiento-o-neoconstitucionalismo-no-brasil1.doc>>. Acesso em: 07 de abr de 2014.

TAVARES, André Ramos. Jurisdição constitucional. In: DIMOULIS, Dimitri et al (Org.). **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES FILHO, Newton. **Excesso da edição de medidas provisórias**. Brasília: Consultoria Legislativa, 2008. Disponível em: <[http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1605/excesso\\_edicao\\_tavares.pdf?sequence=1](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1605/excesso_edicao_tavares.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 18 fev. 2014.

VIOLIN, Jordão. **Processo coletivo e protagonismo judiciário**: o controle das decisões políticas mediante ações coletivas. 2011. 196 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. Disponível em: <[http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/25505/DISSERTACAO\\_COMPLETA\\_JORDAO\\_VIOLIN.pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/25505/DISSERTACAO_COMPLETA_JORDAO_VIOLIN.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 26 abr. 2014,

## APÊNDICE

### APÊNDICE A – Normas constitucionais pendentes de regulamentação

Dispositivos constitucionais pendentes de regulamentação	
Dos Direitos e Garantias Fundamentais (Arts. 5-17)	5º, VI - 5º, XV - 5º, XVIII - 5º, XXXVIII - 5º, XLVI - 5º, LI - 5º, LXI - 5º, XIII - 7º, I - 7º, XXIII - 7º, XXVII - 7º, Parágrafo único - 8º, IV - 8º, VIII - 12, II, <sup>a</sup>
Da Organização do Estado (Arts. 18-43)	18, § 2º - 18, § 4º - 19, I - 20, II - 20, § 2º - 26, I - 32, § 4º - 37, VII - 37, XVIII - 37, XIX - 37, XXII - 37, § 8º - 37, § 11 - 39, § 5º - 39, § 7º - 40, § 1º, I - 40, § 3º - 40, § 21 - 41, § 1º, III.
Da Organização dos Poderes (Arts. 44-135)	79, Parágrafo único - 81, § 1º - 84, XXV - 85, Parágrafo único - 95, Parágrafo único, IV - 98, II - 110, Parágrafo único - 111-A, § 2º, II - 121, caput - 125, § 4º - 129, § 1º.
Da Defesa do Estados e das Instituições Democráticas (Arts. 136-144)	136, § 1º - 139, III - 144, § 1º - 144, § 2º - 144, § 3º - 144, § 5º - 144, § 8º.
Da Tributação e do Orçamento (Arts. 145-169)	146-A - 150, § 6º - 153, § 2º, I - 153, § 3º, IV - 155, § 6º - 163, V - 163, VI - 163, VII - 164, § 3º - 165, § 8º.
Da Ordem Econômica e Financeira (Arts. 170-192)	172, caput - 173, caput - 173, § 3º - 173, § 5º - 174, caput - 174, § 1º - 176, § 1º - 178, caput.
Da Ordem Social (Arts. 193-232)	195, III - 195, § 11 - 198, § 5º - 198, § 6º - 201, § 3º - 202, caput - 206, VIII - 206, parágrafo único - 208, V - 213, § 1º - 216, § 4º - 219 - 220, § 3º, I, II - 225, § 2º - 225, § 6º - 227, § 8º, I - 227, § 8º, II - 231, § 3º - 231, § 6º.
Das Disposições Constitucionais Gerais (Arts. 233-250)	245 - 249.
Ato das Disposições Constitucionais Transitórias	ADCT 16, § 3º - ADCT 19, § 1º - ADCT 19, § 3º - ADCT 23, Parágrafo único - ADCT 24 - ADCT 30 - ADCT 34, § 11 - ADCT 58 - ADCT 59 - ADCT 77, § 2º - ADCT 91, caput, § 2º - ADCT 93 - ADCT 97 caput.
Emendas	ADCT 16, § 3º - ADCT 19, § 1º - ADCT 19, § 3º - ADCT 23, Parágrafo único - ADCT 24 - ADCT 30 - ADCT 34, § 11 - ADCT 58 - ADCT 59 - ADCT 77, § 2º - ADCT 91, caput, § 2º - ADCT 93 - ADCT 97 caput.

Produção própria.

22 de abril de 2014

Dados obtidos do portal eletrônico da Câmara dos Deputados: [http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/regulamentacao/conteudo](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/regulamentacao/conteudo)

### APÊNDICE B - Audiências públicas realizadas no STF

**Audiências públicas – STF**

**Realizadas**



<b>Tema</b>	<b>Datas</b>	<b>Referência</b>
<b>Pesquisas com células-tronco embrionárias</b>	<b>20 de abril de 2007</b>	<b>ADI.º 3.510</b>
Primeira Audiência Pública realizada no Tribunal, foi convocada pelo Ministro Ayres Britto, para subsidiar o julgamento da ADI nº 3.510, em que se impugnavam dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), no tocante à constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos.		
<b>Importação de pneus usados</b>	<b>27 de junho de 2008</b>	<b>ADPF n.º 101</b>
Audiência Pública convocada pela Ministra Cármen Lúcia, para subsidiar o julgamento de ADPF que discutia a constitucionalidade de atos normativos proibitivos da importação de pneus usados.		
<b>Interrupção de gravidez – feto anencéfalo</b>	<b>26 e 28 de agosto; 4 e 16 de setembro de 2008</b>	<b>ADPF n.º 54</b>
Audiência Pública convocada pelo Ministro Marco Aurélio, para subsidiar o julgamento de ADPF que discutia a possibilidade de se interromper a gravidez em casos de fetos anencéfalos.		
<b>Judicialização do direito à saúde</b>	<b>27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009.</b>	<b>SL nº 47, SL nº 64, STA nº 36, STA nº 185, STA nº 211, STA nº 278, SS nº 2.361, SS nº 2.944, SS nº 3.345, SS nº 3.355</b>
Audiência Pública convocada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal à época, Ministro Gilmar Mendes, para subsidiar o julgamento de processos que discutiam a concretização do direito à saúde (art. 196 da Constituição Federal), a partir do oferecimento de medicação e tratamento pelo Poder Público.		
<b>Políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior</b>	<b>3, 4 e 5 de março de 2010</b>	<b>ADPF nº 186 e RE nº 597.285.</b>
Audiência Pública convocada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, para subsidiar o julgamento de processos que discutiam a instituição de sistema de reserva de vagas nas universidades públicas com base em critério étnico-racial, bem como para estudantes egressos do ensino público.		
<b>Lei Seca - Proibição da venda de bebidas alcoólicas nas proximidades de rodovias</b>	<b>7 e 14 de maio de 2012.</b>	<b>ADI n.º 4.103</b>
Audiência Pública convocada pelo Ministro Luiz Fux, para subsidiar o julgamento de ADI que discute a constitucionalidade da Lei nº 11.705, que proíbe a venda de bebidas alcoólicas à beira de rodovias federais ou em terrenos contíguos à faixa de domínio com acesso direto à rodovia.		
<b>Proibição do uso de amianto</b>	<b>24 e 31 de agosto de 2012</b>	<b>ADI n.º 3.937</b>
Audiência Pública convocada pelo Ministro Marco Aurélio, para subsidiar o julgamento de ADI que impugna a Lei nº 12.684/2007, do Estado de São Paulo, que proíbe o uso de produtos materiais ou artefatos que contenham qualquer tipo de amianto ou asbesto em sua composição.		
<b>Novo marco regulatório para a TV por assinatura no Brasil</b>	<b>18 e 25 de fevereiro de 2013</b>	<b>ADI nº 4.679, ADI nº 4.756 e ADI nº 4.747</b>
Audiências Públicas convocadas pelo Ministro Luiz Fux, para subsidiar o julgamento de processos que impugnam dispositivos da Lei n. 12.485/2011, que estabeleceu o novo marco regulatório da televisão por assinatura no Brasil. Quaisquer documentos ou manifestações referentes às audiências públicas poderão ser encaminhados pela via eletrônica para o endereço tvporassinatura@stf.jus.br, indicando o nome e os temas que pretendem abordar, demonstrando a pertinência para com as dúvidas no despacho convocatório.] As audiências serão transmitidas pela TV JUSTIÇA e Rádio JUSTIÇA (art. 154, parágrafo único, V, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - STF), assim como pelas demais emissoras que assim o requererem. Tais pedidos deverão ser encaminhados à Secretaria de Comunicação Social.		
<b>Campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia</b>	<b>Dias 6, 7 e 8 de março de 2013</b>	<b>RE 627.189</b>
Audiência Pública convocada pelo Ministro Dias Toffoli, para subsidiar o julgamento do Recurso Extraordinário 627189, com repercussão geral reconhecida, que discute as consequências da radiação		

eletromagnética para a saúde e os efeitos da redução do campo eletromagnético sobre o fornecimento de energia.

O recurso extraordinário foi interposto pela Eletropaulo Metropolitana - Eletricidade de São Paulo S.A. contra decisão da Câmara Especial do Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP) que, com base no princípio da precaução, determinou a redução do campo eletromagnético em linhas de transmissão de energia elétrica localizadas nas proximidades de dois bairros paulistanos, em razão de alegado potencial cancerígeno da radiação produzida.

A realização da audiência pública propõe-se à oitiva de especialistas, entidades reguladoras e representantes da sociedade civil, visando obter informações técnicas e fáticas relativas ao campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia elétrica, de modo a subsidiar a Corte com o conhecimento especializado necessário para o deslinde da causa em juízo.

Quaisquer documentos ou manifestações referentes à audiência pública poderão ser encaminhados pela via eletrônica para o endereço [transmissao.energia@stf.jus.br](mailto:transmissao.energia@stf.jus.br).

As audiências serão transmitidas pela TV JUSTIÇA e Rádio JUSTIÇA (art. 154, parágrafo único, V, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - STF), assim como pelas demais emissoras que assim o requererem. Tais pedidos deverão ser encaminhados à Secretaria de Comunicação Social.

**Queimadas em canaviais**

**22 de abril de 2013**

**RE 586.224**

Audiências Públicas convocadas pelo Ministro Luiz Fux, para debater a controvérsia sobre a queima da palha da cana-de-açúcar, a ser analisado no Recurso Extraordinário n. 586.224, com repercussão geral reconhecida, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

Quaisquer documentos ou manifestações referentes às audiências públicas poderão ser encaminhados pela via eletrônica para o endereço [queimadaemcanaviais@stf.jus.br](mailto:queimadaemcanaviais@stf.jus.br), enviando um curriculum vitae, no qual deverão especificar a atuação na área do setor canavieiro, eventuais trabalhos acadêmicos nessa seara e um roteiro do que será abordado em eventual explanação, caso seja habilitado.

As audiências serão transmitidas pela TV JUSTIÇA e Rádio JUSTIÇA (art. 154, parágrafo único, V, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - STF), assim como pelas demais emissoras que assim o requererem. Tais pedidos deverão ser encaminhados à Secretaria de Comunicação Social.

**Regime prisional**

**27 e 28 de maio de 2013**

**RE 641.320**

Audiência Pública convocada pelo Ministro Gilmar Mendes, para subsidiar o julgamento do Recurso Extraordinário 641320, com repercussão geral reconhecida, que discute a possibilidade de cumprimento de pena em regime menos gravoso quando o Estado não dispuser, no sistema penitenciário, de vaga no regime indicado na condenação.

O recurso extraordinário foi interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão da Quinta Câmara Criminal do TJRS, o qual deu parcial provimento a recurso de apelação, para fixar a prisão domiciliar de apenado "enquanto não existir estabelecimento destinado ao regime semiaberto que atenda todos os requisitos da LEP".

Quaisquer documentos ou manifestações referentes à audiência pública poderão ser encaminhados pela via eletrônica para o endereço [regimeprisional@stf.jus.br](mailto:regimeprisional@stf.jus.br).

As audiências serão transmitidas pela TV JUSTIÇA e Rádio JUSTIÇA (art. 154, parágrafo único, V, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - STF), assim como pelas demais emissoras que assim o requererem. Tais pedidos deverão ser encaminhados à Secretaria de Comunicação Social.

**Financiamento de campanhas eleitorais**

**Dias 17 e 24 de junho de 2013**

**ADI 4.650**

Audiências Públicas convocadas pelo Ministro Luiz Fux, para debater pontos relevantes acerca dos pontos de vista econômico, político, social e cultural concernentes ao sistema de financiamento de campanhas eleitorais vigente, a ser analisado na ADI 4650.

Quaisquer documentos ou manifestações referentes às audiências públicas poderão ser encaminhados pela via eletrônica para o endereço [financiamentodecampanhas@stf.jus.br](mailto:financiamentodecampanhas@stf.jus.br).

As audiências serão transmitidas pela TV JUSTIÇA e Rádio JUSTIÇA (art. 154, parágrafo único, V, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - STF), assim como pelas demais emissoras que assim o requererem. Tais pedidos deverão ser encaminhados à Secretaria de Comunicação Social.

**Biografias não autorizadas**

**21 e 22 de novembro de 2013**

**ADI n.º 4.815**

Audiência Pública convocada pela Ministra Cármen Lúcia, para subsidiar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade que requer a declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos arts. 20 e 21 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil), nos quais se conteria disposição que proíbe biografias não

autorizadas pelos biografados.

As audiências serão transmitidas pela TV JUSTIÇA e Rádio JUSTIÇA (art. 154, parágrafo único, V, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - STF), assim como pelas demais emissoras que assim o requererem. Tais pedidos deverão ser encaminhados à Secretaria de Comunicação Social.

**Programa “mais médicos”**

**25 e 26 de novembro de 2013**

**ADI nº 5.037 e ADI nº 5.035**

Audiência Pública convocada pelo Ministro Marco Aurélio, para subsidiar o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade que impugnam a Medida Provisória 621, de 8 de julho de 2013, que instituiu o denominado "Programa Mais Médicos" - ADI nº 5.037, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Liberais Universitários Regulamentados - CNTU, e a ADI nº 5.035, proposta pela Associação Médica Brasileira - AMBR. O encontro será coordenado pelo Assessor Carlos Alexandre de Azevedo Campos.

As audiências serão transmitidas pela TV JUSTIÇA e Rádio JUSTIÇA (art. 154, parágrafo único, V, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - STF), assim como pelas demais emissoras que assim o requererem. Tais pedidos deverão ser encaminhados à Secretaria de Comunicação Social.

**Alteração do marco regulatório da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil**

**17 de março de 2014**

**ADI 5062 e ADI 5065.**

Audiências Públicas convocadas pelo Ministro Luiz Fux, para a oitiva de titulares de direito autoral, entidades estatais envolvidas com a matéria e representantes da sociedade civil. Não se destina a colher interpretações jurídicas dos textos constitucional ou legal, mas sim a esclarecer questões técnicas, econômicas e culturais relativas ao funcionamento da gestão coletiva de direitos autorais, sobretudo à luz da experiência internacional sobre a matéria.

Quaisquer documentos ou manifestações referentes às audiências públicas poderão ser encaminhados pela via eletrônica para o endereço [direitosautorais@stf.jus.br](mailto:direitosautorais@stf.jus.br).

As audiências serão transmitidas pela TV JUSTIÇA e Rádio JUSTIÇA (art. 154, parágrafo único, V, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - STF), assim como pelas demais emissoras que assim o requererem. Tais pedidos deverão ser encaminhados à Secretaria de Comunicação Social.

**PREVISTAS**

**Internação hospitalar com diferença de classe no SUS**

**26 de maio de 2014**

**RE n.º 581.455**

Audiência Pública convocada pelo Ministro Dias Toffoli, para ouvir o depoimento de autoridades e expertos sobre a modalidade "diferença de classe" de internamento hospitalar no Sistema Único de Saúde (SUS), de modo a subsidiar a Corte com o conhecimento especializado necessário para o deslinde da causa em juízo.

Quaisquer documentos ou manifestações referentes à audiência pública poderão ser encaminhados pela via eletrônica para o endereço [diferencadeclasse@stf.jus.br](mailto:diferencadeclasse@stf.jus.br).

A audiência será transmitida pela TV JUSTIÇA e Rádio JUSTIÇA (art. 154, parágrafo único, V, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - STF), assim como pelas demais emissoras que assim o requererem. Tais pedidos deverão ser encaminhados à Secretaria de Comunicação Social.

Produção própria.

22 de abril de 2014

Dados obtidos no portal eletrônico do STF: <http://stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada> e <http://stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=prevista>