

ATIVISMO JUDICIAL DIANTE DE OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL**JUDICIAL ACTIVISM IN THE FACE OF UNCONSTITUTIONAL LEGISLATIVE OMISSION**Evelly da Silva Lima¹**RESUMO**

Este artigo explora o ativismo judicial como uma resposta necessária e legítima à omissão legislativa inconstitucional. Ele destaca a supremacia e efetividade das normas constitucionais, e a necessidade de ação legislativa para cumprir os mandamentos da Constituição. O estudo apresenta o que o ativismo judicial representa para a separação de poderes e a legitimidade democrática. Conclui que, embora o ativismo judicial possa ser controverso, ele é essencial para garantir a efetividade da Constituição e proteger os direitos fundamentais.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Omissão Legislativa. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Separação de Poderes.

ABSTRACT

This article explores judicial activism as a necessary and legitimate response to unconstitutional legislative inaction. It highlights the supremacy and effectiveness of constitutional norms, and the need for legislative action to comply with the Constitution's commandments. The study presents what judicial activism represents for the separation of powers and democratic legitimacy. Concludes that, although judicial activism may be controversial, it is essential to guarantee the effectiveness of the Constitution and protect fundamental rights.

Keywords: Judicial Activism. Legislative Omission. Direct Action for Unconstitutionality by Omission. Separation of Powers.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso (UNEMAT) – Campus de Alta Floresta – MT (2021). Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Futura (2022). Pós-graduada em Execução Criminal e Tribunal do Júri pela Faculdade Legale (2023). E-mail: evelly.lima@unemat.br.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, analisará entendimentos doutrinários que norteiam o Ativismo Judicial e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, com a finalidade de verificar a violação ou não de institutos jurídicos, quando da utilização do fenômeno do Ativismo Judicial e interpretações concretistas para suprir a inércia do Poder Legislativo.

É importante ressaltar que o tema é bastante controverso. Por um lado, há aqueles que entendem que o Supremo Tribunal Federal se utiliza de ferramentas para dar voz aos comandos constitucionais. Em sentido oposto, afirma-se que cabe ao Supremo Tribunal Federal exercer o seu papel fiscalizatório, sem usurpar de competências do poder legislativo.

Assim, o artigo buscará averiguar o entendimento doutrinário sobre a possível violação do Princípio da Separação dos Poderes na medida em que o Poder Judiciário atua de maneira mais expansiva, utilizando de correntes concretistas para resolução das celeumas colocadas a seu conhecimento.

Ademais, será verificado se seria possível a coexistência do Princípio da Separação dos Poderes, e o Ativismo Judicial, ou ainda a possibilidade de mitigação, em prol de suprir lacunas constitucionais deixadas pelo poder legislativo, e efetivar os direitos e garantias fundamentais.

Estas divergências de posicionamento ocorrem pelo fato de existirem diversas conceituações referentes ao ativismo judicial, sendo que os defensores desse fenômeno o entendem como algo positivo, na medida que o Supremo Tribunal Federal dá voz a Constituição Federal, com escopo na efetivação de direitos fundamentais. De maneira diferente, entendem aqueles que conceituam o ativismo judicial como sendo uma atuação jurisdicional que ultrapassa os limites impostos pela Carta Cidadã em relação aos poderes típicos e atípicos do Judiciário.

Portanto, busca-se através do método dedutivo, em pesquisa bibliográfica, a tentativa de dar respostas a problemática e verificar as nuances do ativismo judicial na ceara das omissões inconstitucionais.

1. SUPREMACIA E EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

De imediato, pode-se inferir da Constituição Federal, regras e princípios que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro. O legislador originário, denominou o caráter supremo de

suas normativas, assim, a efetividade das normas constitucionais faz-se necessária para que as elas sejam respeitadas.

Pois bem, considerando tal fato, é notório o caráter rígido e supremo da Constituição Federal. Por sua vez, da rigidez constitucional, decorre o princípio da supremacia constitucional, visto que a CF contém uma superioridade hierárquica em relação as outras normas, e por isso estas devem se sujeitar àquelas.

Posto isto, em consonância, leciona José Afonso da Silva (2017. pag. 48):

O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional.

Assim, a supremacia da Constituição Federal é entendida pela doutrina, como uma lei fundamental que dita os regramentos para as demais normas jurídicas, e por esta razão deve o ordenamento jurídico ser compatível com suas disposições. Partindo do pressuposto de supremacia material das normativas constitucionais, há de se considerar que para tal fato é necessário a eficácia social das suas normas.

Indo além, a eficácia das normas se subdivide em duas, sendo elas a eficácia jurídica, e a eficácia social, também entendida por alguns doutrinadores como efetividade das normas. Elas se manifestam na ceara dos atos jurídicos e normativos, sendo que, por muito tempo, era visto apenas a eficácia jurídica inserida neste instituto, nada tratando acerca da eficácia social/efetividade das normas.

Neste sentido, Luiz Roberto Barroso (2019) entende haver quatro planos distintos para estes institutos, sendo eles, o da existência, o da validade, o da eficácia jurídica, e por fim, o da efetividade ou eficácia social. A partir disso, a efetividade das normas se configura na medida em que há o seu efetivo cumprimento, a qual deve ser aplicada e observada em conformidade com seu conteúdo, ou seja, na materialização de seus preceitos jurídicos no mundo dos fatos.

Dessa forma, pode-se extrair pelo acima exposto, que a efetividade das normas constitucionais, ampara a supremacia constitucional, vez que é o meio pelo qual a norma efetivamente de insere na sociedade, de maneira que os aplicadores dos regramentos constitucionais os conduzem para a sua aproximação com a realidade social, fazendo com que a constituição seja cumprida em sua integralidade.

Outrossim, disserta Konrad Hesse, conforme tradução de Gilmar Mendes (1991, p. 14 e 15), acerca da força normativa constitucional:

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 de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser consideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas.

Em síntese, de acordo com esta narrativa, as normas constitucionais coexistem em face da realidade, e deve-se, portanto, ser levado em consideração as condições de uma sociedade. Logo, o constituinte deve se preocupar com as condições de determinado momento ou lugar, para que não normatize regramentos inalcançáveis. Ademais, para que subsista a efetividade das normas, esta deverá ter autoridade, isto é, determinação para que os comandos constitucionais sejam concretizados.

Desse modo, a efetividade das normas constitucionais, ao passo que fomenta a supremacia constitucional, não pode por si só garantir uma força normativa, pois dependerá além das condições históricas, de uma autoridade normativa. Contudo, para que a eficácia social pare em determinada sociedade, deve haver em seus participantes a vontade de que esses preceitos (valores e direitos) sejam realizados, exigindo dos poderes que compõem o Estado a devida concretização das normas.

Nesta linha intelectual, a falta de norma inviabiliza a concretização de preceitos constitucionais, fato que impede a efetividade normativa, e poderá ser considerado uma omissão inconstitucional. Por este motivo, não apenas as normas constitucionais que não produzem a eficácia social pretendida, mas também os comandos constitucionais, emanados pelo poder constituinte para o legislador derivado ou o poder executivo, quando não respeitados, padecem de efetividade constitucional e caracterizam desrespeito a superioridade da Constituição Federal, podendo configurar uma omissão inconstitucional.

1.1 Omissão legislativa inconstitucional como um dos fatores da inefetividade da Constituição Federal

Ao tratar da (in) constitucionalidade das normas, deve-se considerar os princípios que fomentam a eficácia da Constituição Federal, sendo estes, conforme anteriormente citado, o princípio da supremacia da constituição e o da efetividade constitucional, cuja observância possui fundamental importância para a carta magna.

Quanto à força normativa constitucional e a efetividade de seus regramentos, leciona Konrad Hesse, na tradução de Gilmar Mendes (1991, p. 19):

[...] 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 Gegenwart*). 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 segunda 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.

Diante de tais considerações, a supremacia constitucional, além de pautar-se na confecção de normas conforme a constituição federal, também infere a não omissão aos comandos normativos da carta cidadã. A sua superioridade se baseia na força ativa de suas normas, sendo verificada quando as tarefas impostas pela CF são efetivamente realizadas, a fim de que suas ordens se concretizem.

De acordo com a doutrina contemporânea, a omissão inconstitucional, poderá ocorrer por parte do poder executivo, quando este não dispuser sobre regramentos que a Constituição Federal ordena ou deixar de atuar em políticas públicas para que as normas se concretizem na sociedade. E também, por parte do poder legislativo, que possui competência para tornar efetiva as normas constitucionais, concretizando os comandos da CF através da elaboração de normas, visto que representa o povo.

Restringindo o estudo à omissão legislativa inconstitucional, esta, conforme Campos (2019), provém da inatividade do legislador, ao não cumprir comandos constitucionais concretos de atuação político-normativa. Portanto, partindo da ideia de obrigação, estaria o legislador obrigado a dar efetividade as normas constitucionais de eficácia limitada, fazendo com que a constituição fosse concretizada.

As normas de eficácia limitada, conforme dispõe José Afonso da Silva (2008, p. 83, 118) são aquelas:

[...] de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia [...] não dirigidos ao valores-fins da norma, mas apenas certos valores-meios e condicionantes [...] aquelas que dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais colimados pelo legislador constituinte.

Portanto, as normas de eficácia limitada são aquelas que não produzem efeitos imediatamente, devendo haver regulamentação para que possam ser exequíveis. Exemplo disso é o caso dos mandados de criminalização, previstos na carta magna, os quais, como a própria nomenclatura sugere, trazem um comando a ser efetivado pelo legislador.

Consequentemente, havendo omissão legislativa, a supremacia constitucional fica mitigada, pois para que esta exista de fato, é necessário que as normas sejam efetivadas na sociedade atual e, considerando-se que a omissão legislativa conduz à inefetividade das normas constitucionais, necessita-se de atuação legislativa para que ocorra sua concretização.

Deste modo, percebe-se a importância da atividade legislativa, para que haja efetividade da carta cidadã. Isto porque, através da Constituição Federal foi atribuído a competência para concretizar os comandos constitucionais aos legisladores, representantes do povo e, portanto, detentores de tal legitimidade.

A partir disso, cria-se um impasse: por um lado, os comandos constitucionais trazem uma obrigação de legislar para o legislativo, a fim de que este concretizasse a constituição federal; por outro lado, vige o princípio político da autonomia do legislador, sendo que apenas a ciência da decisão que declara a inconstitucionalidade não obrigaria o legislador a elaborar norma jurídica, ou ainda, não lhe causaria consequências.

No intuito de solucionar tal impasse, José Afonso da Silva (2017. Pag. 50) demonstra uma solução para a conciliação entre o princípio da autonomia legislativa e a exigência do cumprimento das normas constitucionais “(...) não impediria que a sentença que reconhecesse a omissão inconstitucional já pudesse dispor normativamente sobre a matéria até que a omissão legislativa fosse suprida”.

Todavia, apesar da Constituição Federal vigente ter avançado a fim de dar efetividade aos seus comandos, ao ter criado dois instrumentos para o combate à omissão inconstitucional, deteve-se em regulamentar de forma tímida as consequências jurídicas da declaração da omissão inconstitucional.

1.2 Instrumentos processuais para combater a omissão inconstitucional e os seus alcances

Para viabilizar a efetividade constitucional, para a manutenção de seu caráter supremo, a CF/88, trouxe inovações para o ordenamento jurídico brasileiro, passando a tratar de dois “remédios” constitucionais a fim de evitar o que a doutrina chama de “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”, sendo estes, o Mandado de Injunção, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Dessa forma, se faz necessário a conceituação e diferenciação destes institutos.

O Mandado de Injunção, foi previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXXI, onde o constituinte dispôs da seguinte forma:

Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Diante da análise da disposição constitucional acima mencionada, o MI se trata de um instrumento constitucional, que visa assegurar os direitos fundamentais e prerrogativas ligadas à nacionalidade, à soberania e à cidadania, com base em uma jurisdição constitucional de direito subjetivo, quando o exercício desses direitos estaria sendo impedido por ausência de norma regulamentadora, tanto as normas legais, como normas infraconstitucionais, que deveriam ter sido elaboradas e editadas pelos órgãos e pessoas jurídicas pertencentes aos Três Poderes. A ação tutela direitos e liberdades fundamentais do indivíduo assegurados pela constituição.

O instituto do Mandado de Injunção foi criado em 1988, mas a regulamentação do mesmo foi feita apenas em 2016, com a Lei 13.300, que disciplina o processo e o julgamento do mandado de injunção individual e coletivo. Conforme o artigo 2º da lei 13.300 cabe MI tanto para omissão total quanto parcial do legislador. No total, a inércia é absoluta, ou seja, o direito constitucional não foi disciplinado. Na omissão parcial, existe norma regulamentadora, mas é insuficiente, tornando inviável o exercício pleno do direito ou prerrogativa prevista na Constituição.

Há dois elementos fundamentais para a aplicação da ação: a omissão legislativa e a natureza do direito omissivo. A omissão legislativa deve necessariamente gerar sacrifício de direitos tutelados pelo Mandado de injunção. Quanto a natureza do objeto desta ação, refere-se a natureza subjetiva do direito omissivo, visto que apenas quando a falta de norma regulamentadora inviabilize o exercício de seus direitos é que o MI poderá ser impetrado. Logo, esse instituto é um remédio constitucional que procura garantir a efetividade de normas programáticas.

Ademais, outro instrumento viável ao combate das omissões inconstitucionais, é a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Esse instituto, disposto na CF/88, no artigo 103, §2º, afirma da seguinte forma, “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

Portanto, do teor do artigo supramencionado, pode-se deduzir que a omissão inconstitucional, pode ser tanto ocasionada por falta de norma de competência do poder legislativo, como de competência do poder executivo como, por exemplo, a falta de decretos, regulamentações, dentre outras medidas próprias deste poder. O presente estudo analisará apenas a Omissão Legislativa Inconstitucional. Nesse sentido, a ADO visa combater a inércia legislativa quanto a regulamentação normativa constitucional de eficácia limitada.

Consoante a natureza deste instituto, tem-se que de acordo com RIBEIRO (2016, p. 46-47), diferentemente do Mandado de Injunção,

Trata-se de processo de caráter objetivo, em que não se discute uma relação de direito subjetivo e que somente pode ser ajuizada pelos legitimados previstos no rol taxativo do art. 103 da CF/88. Ademais, a decisão proferida no âmbito da ADO possui eficácia contra todos e efeito vinculante em relação ao Executivo e ao Judiciário, nos termos do art. 102, § 2º, da CF.

Portanto, observa-se que o MI e a ADO são semelhantes no que se refere ao objetivo de inibir a omissão legislativa, contudo, distanciam-se, na medida em que o Mandado de Injunção tutela direitos de ordem subjetiva, enquanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão tutela direitos de ordem objetiva, protegendo não apenas direitos em si, mas toda a ordem constitucional.

Neste caminho, observando a diferença destes institutos, o MI é um controle concreto de inconstitucionalidade por omissão, e por isso, qualquer lesado poderá reclamar quando a falta de norma inviabilizar o exercício de seus direitos, e as suas decisões possuem eficácia, em tese, apenas *inter partes*. Já a ADO, é um controle abstrato de inconstitucionalidade por omissão, e por isto, para salvaguardar a ordem constitucional, somente poderá ser proposta pelos legitimados constantes do art. 103 da CF/88, e suas decisões possuem eficácia contra todos.

Ademais, pode-se verificar, conforme RIBEIRO (2016), que no MI, o poder judiciário regulamenta provisoriamente para que seja viável o exercício do direito pleiteado, até que a omissão inconstitucional seja suprida pelo poder competente, enquanto na ação direta de inconstitucionalidade por omissão é declarada a mora legislativa ou da autoridade administrativa e determinada, em caso de omissão de normas de competência do poder executivo, a adoção das providências necessárias deve ocorrer em trinta dias.

Logo, verifica-se, que para este autor, a decisão proferida em sede de mandado de injunção possui o condão de preencher uma lacuna ocasionada por falta de regulamentação, já a decisão prolatada em ação direta de inconstitucionalidade por omissão detém caráter

declaratório em casos de omissões relacionados ao poder legislativo, ou mandamental no caso de omissão de órgãos administrativos.

Contudo, a Suprema Corte, ao julgar uma ADO, não se limita a declarar a inconstitucionalidade da mora legislativa, pois, adotando teorias concretistas, busca efetivar os comandos constitucionais, utilizando-se de uma lei para tutelar caso semelhante. Isto porque, ao considerar que os efeitos da ADO seriam meramente declaratórios em caso de inconstitucionalidade por omissão legislativa, conforme literalidade do art. 103, §3º da CF/88, este instrumento se mostraria ineficaz, vez que o legislador, apesar de possuir a obrigação de legislar nestes casos, quando não o faz, nenhuma sanção lhe acomete.

2 ATIVISMO JUDICIAL

Prefacialmente, em caráter didático, deve-se observar a diferenciação dos institutos da judicialização, autocontenção judicial e do ativismo judicial. Luís Roberto Barroso (2009, p. 3), em seu artigo, *Judicialização, Ativismo Judicial E Legitimidade Democrática*, conceitua de forma clara a judicialização:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. A seguir, uma tentativa de sistematização da matéria.

Pois bem, ainda de acordo com Barroso (2009), a judicialização e o ativismo judicial são primos, possuem semelhanças, contudo não possuem a mesma origem. No contexto brasileiro, a judicialização surge através de um modelo constitucional, portanto, advém de circunstâncias e fatos, e não de um exercício político. Se da ordem constitucional surge uma pretensão, cabe ao judiciário decidir sobre isso. Em contrapartida, o ativismo judicial é um exercício, uma atitude ativa do juiz na interpretação constitucional, estendendo o seu alcance. Logo, o ativismo judicial está ligado a uma acentuada participação do Poder Judiciário na concretização da CF, com maior interferência na atividade dos outros Poderes. Por sua vez, ao falar de autocontenção judicial, deve-se entendê-la como o oposto de ativismo judicial, posto que o juiz busca nas decisões diminuir sua interferência nos demais Poderes.

O ativismo judicial possui várias conceituações na seara jurídica, sendo que Campos (2014), traz em seu livro, *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*, sua visão do que seria o

núcleo do fenômeno do ativismo judicial. O autor o enxerga como uma atividade expansiva e ativa do poder judiciário na fiscalização dos atos e das omissões dos demais poderes estatais, seja ditando-lhe deveres, invalidando as decisões, ou atuando em funções predominantemente de outros poderes.

Partindo deste pressuposto, existem alguns assuntos que são mais abarcados pelo fenômeno ativista. Como relata Campos (2014), o fenômeno ativista se relaciona com os assuntos pertencentes ao espaço nobre da sociedade, o qual se apresenta como aquele irrigado de relevantes questões morais e políticas, principalmente, envolvendo direitos fundamentais e limites de autoridade estatal. Algumas questões traduzem este espaço nobre, a exemplo da discriminação racial e de gênero, e demais direitos relacionados a grupos vulneráveis.

Como já abordado, este fenômeno possui várias conceituações, sendo que alguns o concebem como uma atividade negativa do poder jurisdicional. Ao explicar ativismo judicial, Ramos (2015) em seu livro, *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*, conceitua esta ocorrência como sendo todo comportamento jurisdicional que ultrapassa os limites que o ordenamento jurídico impõe para fazer-se realizar suas atividades de resoluções de conflitos. Este autor sinaliza para a natureza negativa destas práticas ativistas, pois viola, de certa forma, a atividade típica do poder judiciário.

Contudo, há aqueles que defendem o fenômeno ativista, considerando-o até um dever. Coelho (2015), em seu artigo, *Apontamentos para um debate sobre ativismo judicial*, entende o ativismo como sendo a decisão criativa do poder judiciário em um Estado Constitucional de Direito, em que tal poder desempenha o papel de encaixar as regras que são normalmente gerais, com as situações de fato, pautando suas decisões em um poder-dever de interpretar a norma, tendo como finalidade a efetivação de normas constitucionais.

Outrossim, acrescenta Barroso (2009, p. 9-10):

O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento [...] O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica. A adiada reforma política é uma necessidade dramática do país, para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil. Decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados. Mas não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade.

Pois bem, analisando o exposto, observa-se que o ativismo judicial possui duas vertentes de debate, sendo a primeira como conduta violadora do princípio da separação dos

poderes, pois estaria interferindo nos outros poderes, bem como da legitimidade democrática, visto que os juízes não exercem mandato popular. E a segunda, um papel importante na efetividade das normas constitucionais, não sendo só um poder, mas um dever do judiciário, pois a este foi conferida a tarefa de interpretar as normas e fiscalizar os demais poderes, pelo que ao ampliar o alcance das normas constitucionais, o Judiciário estaria defendendo o Estado Democrático de Direito.

2.1 Ativismo judicial como instrumento de concretização da constituição para a tutela de direitos e garantias fundamentais diante das omissões inconstitucionais

A Constituição Federal é suprema, como fora exposto anteriormente, logo, sabe-se que há um controle jurisdicional das suas leis, isto porque o ordenamento jurídico deve desenvolver-se em unidade. Diante da necessidade deste controle sobre as leis, é que o ordenamento jurídico brasileiro outorgou expressamente ao judiciário o poder de decretar a inconstitucionalidade das omissões legislativas, e das leis que sejam contrárias a constituição.

Diante de tal fato, o poder jurisdicional, em especial a corte suprema, possui o dever de zelar pela constituição e por todo o ordenamento jurídico, assim, fazendo valer as suas normas, protegendo os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, desde omissões a normas constitucionais.

Outrossim, ao analisar os direitos e garantias fundamentais, constata-se que há uma tutela deficiente destes, especialmente no que se refere às omissões legislativas inconstitucionais. De acordo com Campos (2019), a omissão inconstitucional, não deve se pautar apenas na letra da lei, ou seja, na eficácia formal das normas constitucionais, mas também quanto a (in) efetividade dos direitos fundamentais.

No mesmo sentido, disserta Campos,

É com a realização concreta dos direitos fundamentais, a ser alcançada pela atuação adequada da correspondente norma constitucional, que o Estado, a começar pelo poder legislativo, está comprometido de forma irrenunciável e incontornável. Com efeito, a ausência estatal ou a atuação incompleta em favor dos direitos fundamentais sempre configurarão grave violação à Carta Federal [...].

Diante disso, pode-se constatar que os juízes, no papel que lhes fora direcionado, devem dar voz a carta magna, direcionando a uma concretização da constituição, a fim de que as normas tenham eficácia social, ou melhor dizendo, tenha efetividade. Conseqüentemente, fazendo com que os seus preceitos sejam acatados e seus mandados sejam cumpridos.

Como resultado, a concretização da constituição ocorre muitas vezes através do ativismo judicial, em que o poder judiciário se utiliza de uma conduta mais ativa, interpretando de forma mais expansiva, com a finalidade de dar cumprimento aos preceitos constitucionais, e dessa forma tutelar os direitos e garantias fundamentais.

Nesta toada, leciona Alkimin e Dutra (2016, p. 304),

[...] por ativismo judicial se entende uma escolha ou uma postura de um magistrado mais participativo na busca por uma hermenêutica jurídica expansiva, cuja finalidade é a de concretizar o verdadeiro valor normativo constitucional, garantindo o direito das partes de forma rápida, e atendendo às soluções dos litígios e às necessidades oriundas da lentidão ou omissão legislativa, e até mesmo executiva. Essa preponderância no exercício do magistrado justifica-se no princípio da supremacia do interesse público geral, pois a inércia deste diante da prestação estatal lenta ou omissa denega justiça à sociedade em geral.

Ademais, o que se entende por concretização das normas constitucionais? Friedrich Muller, em seu livro *Metódica e Dogmática estruturantes*, explica o que é a concretização da constituição. Em primeiro momento, chega-se à conclusão que o conceito de constituição não pode ser definido, sendo apenas passível de explicação, sendo que para ele “a constituição é de qualquer modo o texto, corretamente posto em vigor e ainda não invalidado legalmente, do documento que se apresenta como codificação hierarquicamente suprema em nível intraestatal”. (2013, p. 121-122)

Pois bem, após trazer a ideia do que representa a constituição federativa, busca-se identificar, por oportuno, o que seria a atividade concretizante. Primeiramente, disserta Muller (2013) que a teoria estruturante do direito traz uma nova concepção, direcionando a ideia de que a norma jurídica não está inserida no texto constitucional, sendo este, apenas texto de normas, o qual se transforma em norma jurídica, ao passo que é inserido em determinado caso concreto, em um processo de decisão jurídica.

Em ato contínuo, Friedrich Muller (2013, p. 124) expõe da seguinte forma:

“atividade concretizante” não significa mais tornar mais concreta uma norma jurídica genérica, que já estaria contida no código legal, mas significa, a partir de uma ótica e uma reflexão realistas, construção da norma jurídica no caso decisório individual, sendo que os elementos do trabalho textual se tornam cada vez “mais concretos”, de uma fase a outra.

A partir desta narrativa, infere-se que a norma jurídica é criada através do texto constitucional, mas não se reduz a isso, pois, ao transpassar do texto legal até a norma jurídica, o poder judiciário precisa fazer uma reflexão sobre a realidade fática, considerando o texto da norma, para então, concretizá-lo.

Nessa mesma vertente, Muller (2013), considera a “atividade normatizante” desempenhada pelo juiz da causa, não apenas a interpretação e a conclusão que se dá ao caso,

como é feito no silogismo, mas, concretizar seria produzir norma jurídica defensável para determinado caso mediante provocação, para assim dirimir um conflito social.

Ao estudar acerca da concretização da constituição, de acordo com Campos (2014), é de fundamental importância o estudo do tema das omissões legislativas inconstitucionais, que é o caso em que existe uma inércia por parte do legislador em executar os mandamentos constitucionais. Portanto, se o legislador se negar a regulamentar matéria imposta pela CF, a omissão legislativa estará afrontando o caráter supremo das normas constitucionais e, nessa medida, restará configurado a inconstitucionalidade da omissão legislativa.

Prosseguindo, analisa este autor que há dois eixos quando se refere as omissões constitucionais, sendo a obrigação constitucional e a inércia legislativa. Nesse diapasão, cumpre mencionar que esses eixos devem ser analisados em conjunto com o fator tempo, isto porque, quanto mais tempo persistir a negativa legislativa em elaborar normas que viabilize a concretização do sentido/vontade da Carta Magna, mais evidente restará o desrespeito pela Constituição.

Diante de tais considerações, as omissões legislativas inconstitucionais, sejam elas totais ou relativas/parciais, são passíveis de controle, o que deve ser feito pelo Poder Judiciário (Supremo Tribunal Federal), vez que a não observância aos mandados constitucionais, acarreta vasto dano aos direitos e garantias fundamentais. Assim, através das narrativas de Campos (2014, p. 144-145) pode-se notar os avanços das cortes em resolverem conflitos relacionados aos direitos fundamentais, mais precisamente acerca da liberdade e igualdade,

[...] as cortes constitucionais, para avançar posições de liberdade e igualdade, realizam escolhas essenciais que governarão o comportamento da sociedade e dos poderes políticos e, conseqüentemente, afirmam seu protagonismo na definição de tais questões essenciais. [...] o discurso contemporâneo dos direitos humanos, notadamente em torno da dignidade humana, abre espaço para o ativismo judicial como exercício de institucionalização das intensas e controversas questões morais e políticas – o espaço nobre do ativismo judicial. [...] Ao avançar a dimensão de concretização de direitos fundamentais, juízes ativistas são dispostos a decidir sobre valores morais da sociedade. [...] A ideia que se extrai, portanto, é de enquanto perdurar forte o discurso dos direitos humanos nas constituições contemporâneas como discurso jurídico-normativo haverá espaço para o ativismo judicial das cortes constitucionais.

Pois bem, ao relacionar o ativismo judicial como artifício de controle das omissões legislativas inconstitucionais, pode-se verificar que há ocasiões em que os juízes, atuando com ativismo judicial, no exercício da interpretação da constituição, não se restringem ao texto literal da lei maior, a fim de aproximar a norma com a realidade. Nesse sentido, disseram Campos (2014, p. 142),

Os juízes ativistas não se sentem restringidos nem mesmo presos ao sentido literal das constituições. Ao contrário, eles se sentem muito à vontade com a plasticidade

das normas constitucionais e as possibilidades de juízos políticos e morais que esta característica normativa cria. Esses juízes assumem que seu papel é o de manter a constituição compatível com as circunstâncias sociais sempre em transformação e defendem que a interpretação criativa de normas constitucionais indeterminadas se mostra como o mais importante meio de cumprir esse papel. Os juízes ativistas enxergam a constituição como uma força dinâmica e, por isso, sentem a necessidade de se afastar, caso necessário, do sentido literal do texto, de sua estrutura ou de seu entendimento histórico para poder aproximá-la da realidade social subjacente. Transformações sociais pedem mudanças constitucionais e os juízes ativistas assumem a condição de arquitetos sociais, sendo a interpretação criativa das constituições o instrumento legítimo desta atuação.

Indo além, no exercício da interpretação constitucional, em que a Suprema Corte age de forma mais ativa, apesar da existência de precedentes, não fica restrito a eles no exercício da exegese,

Os juízes ativistas, para avançar suas agendas e os propósitos que identificam nas constituições, não se colocam como atores restringidos por precedentes, mas sim, pensam que o processo de superação dos mesmos pode ser um estágio necessário para melhor desenvolver os significados adequados da constituição. Acima da estabilidade, certeza e uniformidade do direito proporcionadas pelo respeito aos precedentes, os ativistas escolhem exercer a flexibilidade interpretativa e decisória se isso for necessário para a construção do sentido correto das normas constitucionais – correto segundo suas perspectivas. (CAMPOS, 2014, p. 146-147)

Acredita assim, que a análise do sentido correto das normas constitucionais não pode ficar à mercê da estabilidade dos precedentes, devendo o Supremo Tribunal Federal, portanto, construir o sentido ideal para as normas constitucionais.

No mais, pode-se perceber as crescentes decisões ativistas, isto porque há na ceara jurídica brasileira, uma transferência de temas aprioristicamente políticos para a arena judicial. Nessa vertente, retrata Campos (2014, p. 133),

Nas democracias contemporâneas, verifica-se a progressiva transferência, por parte dos próprios poderes políticos e da sociedade, do momento decisório fundamental sobre grandes questões políticas e sociais – o espaço nobre do ativismo judicial – para a arena judicial em vez de essas decisões serem tomadas nas arenas políticas tradicionais – Executivo e Legislativo.

Por consequência, o ativismo judicial é utilizado frequentemente pelo Judiciário a fim de controle das omissões legislativas inconstitucionais, em especial, quanto aquelas relacionadas aos direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, o judiciário, ao ser provocado, não fica adstrito à vontade legislativa, decidindo de maneira mais expansiva, a fim de que os direitos e garantias previstas na lei maior sejam assegurados, visto que, por vezes, o poder legislativo fica inerte aos comandos constitucionais.

2.2 Ativismo judicial como afronta a Separação dos poderes

Desde os primórdios da humanidade, verificou-se a necessidade de elaborar normas que regulamentassem o convívio em sociedade, e inevitavelmente, a de criar instituições que fossem capazes de garantir a ordem e o cumprimento destas normas. Com isso, emergiu o dever de estabelecer a separação de poderes.

Neste teor, Montesquieu, em sua obra *Do Espírito das leis*, expõe suas considerações acerca da necessidade da existência da separação dos poderes,

A liberdade política, num cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança; e, para que se tenha essa liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos. (2000, p. 168)

Pois bem, para evitar que as leis fossem executadas tiranicamente, foi necessário a adoção do sistema da tripartição/separação dos poderes, desenvolvida por Montesquieu. Partindo dessa premissa, verifica-se a criação de três poderes, denominados, legislativo, executivo e judiciário, possuindo funções próprias, a fim de preservar a liberdade dos cidadãos.

Evidenciou-se a importância do princípio da separação dos poderes, ao ser consagrado na CF/88, em seu art. 2º, o qual dispõe, “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Além disso, o constituinte considerou cláusula pétrea a separação dos poderes, e com isso, no art. 60, §4º, inciso III, da Constituição Federal vigente, dispôs que, “não será objeto de deliberação qualquer proposta de emenda tendente a abolir a separação dos Poderes”.

Dessa forma, pode-se depreender a importância deste princípio para o convívio em sociedade, vez que, os limites de cada função foram constitucionalmente estabelecidos, e são através das suas instituições o exercício do controle sobre o convívio social, e a manutenção da liberdade do cidadão.

Em contrassenso, há uma crescente utilização do ativismo judicial, que assim como entende Ramos (2015), é o comportamento ativista empregado pelo poder judiciário, que ultrapassa os limites impostos pelo ordenamento jurídico, violando, dessa forma, a separa-

ção dos poderes, posto que o poder judiciário não estaria exercendo sua atividade típica e, assim, usurpando funções legislativas.

O ativismo judicial está em ascensão, tendo em vista a polarização da política, bem como, devido a dinamização da sociedade. Considerando esta afirmativa, cabe mencionar que,

O ativismo judicial é também utilizado no sentido de que cortes, notadamente as cortes constitucionais e supremas, assumem competências legiferantes reservadas, a priori, pela constituição, aos outros poderes, em especial ao Legislativo. Sob esta perspectiva, o ativismo judicial não seria um comportamento apenas judicial, mas atividade quase legislativa. Alguns acusam a prática de juízes “legislate from the bench”, ou seja, criarem o direito em vez de aplica-lo. O juiz ativista preencheria lacunas, omissões legislativas, corregeria as leis, inovando, dando-lhes novos sentidos ou adicionando-lhes novos significados, de modo a conformá-las melhor aos princípios e valores constitucionais. A atividade judicial ativista seria complementar, corretiva, ou mesmo substitutiva da atividade legislativa. (CAMPOS, 2014, p. 142)

Nessa conjuntura, analisando sob a ótica da separação dos poderes, em que pese haver funções atípicas desempenhadas pelo judiciário, estas não lhe concedem o direito de criar o direito, quando sua função é aplicar a norma, interpretá-la e fiscalizar os demais poderes, como assim fazem o legislativo e executivo sobre o judiciário. Considerando esta narrativa, Elival da Silva Ramos, dispõe acerca da interferência do judiciário na atividade de outros poderes,

Se o caso envolve o cerceamento da atividade de outro Poder, fundada na discricionariedade decorrente de norma constitucional de princípio ou veiculadora de conceito indeterminado de cunho valorativo, a par da interferência na função constituinte, haverá a interferência indevida na função correspondente à atividade cerceada (administrativa, legislativa, chefia de Estado etc.). (2015, p. 145 – 146)

Tem-se, portanto, uma interferência crescente dos tribunais na esfera, em especial, do poder legislativo, onde ao fiscalizar este poder, e interpretar as normas, acabam por praticar o ativismo judicial. Existem, nesse sentido, matérias propensas a incisão desse fenômeno, quais sejam, matérias de cunho constitucional, tanto de direitos e garantias fundamentais, quanto em caráter institucional. E assim, disserta Ramos,

A singularidade do ativismo judicial em matéria constitucional está diretamente relacionada às especificidades da atividade de interpretação e aplicação da Lei Maior, que, dentre outras, compreendem: a supremacia hierárquica das normas constitucionais; o caráter monogenético de boa parte dos preceitos constitucionais, concretizados na estrutura lógica de normas-princípio; a imprecisão semântica da linguagem constitucional, frequentemente referida a conceitos indeterminados de cunho valorativo; a fundamentalidade da maior parte das normas formalmente constitucionais; a posição de supremacia funcional dos órgãos judiciários com atuação mais decisiva no tocante à interpretação-aplicação da constituição. (2015, p. 325)

Nesta linha intelectual, esclarece Ramos (2015), que o poder judiciário ao desenvolver atividade de controle sobre o poder legislativo, acaba exercendo pressões a fim de que seja

concretizado os comandos da CF/88, e que para isso, muitas vezes ultrapassa os limites previstos no ordenamento jurídico brasileiro, devido a ineficiência dos poderes competentes para tomar as providências necessárias à concretização da Carta Magna.

Neste ponto, insta salientar que o intérprete, ao realizar o processo hermenêutico, finaliza com a produção de norma concretizadora, influenciada pelos fatos que desencadeou o julgamento. Indo além, apesar de haver o papel do poder judiciário em realizar uma interpretação criativa do direito/norma, há para tanto, limites a serem observados. Nesta vertente,

O princípio da separação dos Poderes importa, dentre diversos outros consectários, na manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para cujo exercício foram estruturados. A esse propósito, importa ter presente que, em contraposição à função legislativa, a atividade jurisdicional opera em escalão inferior da ordem jurídica e se volta, precipuamente, à atuação de atos normativos superiores, contribuindo, apenas, moderada e limitadamente, na modelagem do conteúdo desses atos. A discricionariedade judicial se distingue, nitidamente, das discricionariedades legislativa e administrativa, correspondendo à liberdade de escolha que se defere ao juiz diante de possibilidades exegéticas consistentes. Floresce ela no espaço que os balizamentos normativos autorizam o julgador a se movimentar, porém com a sensível diferença de que o controle, nesse caso, compete ao próprio órgão ao qual foi deferido o poder discricionário, o que não significa que possa, em harmonia com o sistema, tudo fazer. (RAMOS, 2015, p. 323-324)

Portanto, pelo que fora explanado, o ativismo judicial, na medida em que se entende pela ultrapassagem de limites impostos pelo ordenamento jurídico ao poder judiciário, em face do legislativo, descaracterizando suas funções, evidencia que o princípio da separação dos poderes fica comprometido. Deve o interprete/aplicador da norma, agir dentro do núcleo essencial de suas funções, respeitando os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a problemática envolvida neste trabalho, observa-se que o ativismo judicial, e ainda a interpretação conforme a constituição, são importantes para efetivação dos direitos e garantias fundamentais, contudo, encontra-se seus limites na própria constituição.

De um lado, existe doutrinadores que discordam da atuação ativista do Poder Judiciário, por entenderem que se trata de violação do princípio da Separação dos Poderes, pois apesar de existirem funções atípicas desempenhadas pelos poderes, estas funções não lhes dão o direito de usurparem de competências estabelecidas constitucionalmente, e por esta razão o Poder Judiciário não poderia ultrapassar os limites previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

De outro lado, vislumbra-se que há inúmeros casos em que o legislador deixa de cumprir mandamentos constitucionais, caracterizando em omissões inconstitucionais, e quando o tema é posto a conhecimento do Poder Judiciário, este tem atuado de maneira expansiva, utilizando de correntes concretistas para suprir a lacuna legislativa temporariamente até que o legislador crie lei para o caso, concretizando os direitos e garantias fundamentais, diante da omissão inconstitucional.

Em última análise, este artigo contribui para o debate acerca do papel do Poder Judiciário na democracia, discutindo acerca do Ativismo Judicial e interpretações concretistas como método de proteção dos direitos e garantias fundamentais, ao passo que levanta questionamentos se esse fenômeno infringe a Separação de Poderes.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Anuario iberoamericano de justicia constitucional, n. 13, p. 17-32, 2009.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 de out. de 2020.
- DUTRA, Lincoln Zub., ALKIMIN, Maria Aparecida. **O ativismo judicial como instrumento de transformação do estado democrático de direito**. Revista Jurídica Direito & Paz, São Paulo, n. 34, 2016 p. 300 – 318.
- HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- RIBEIRO, Ana Célia de Sousa. **A atribuição de eficácia erga omnes à decisão proferida pelo STF em mandado de injunção: impactos sobre a teoria do controle de constitucionalidade e perspectivas atuais da abstrativização do mandado de injunção**. – Recife: O Autor, 2016.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.