

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NO ÂMBITO DAS
DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Bruno Basso Barbieri

Presidente Prudente/SP
2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NO ÂMBITO DAS
DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Bruno Basso Barbieri

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Prof^a. Fabiana Junqueira Tamaoki Neves.

Presidente Prudente/SP
2017

**A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NO ÂMBITO DAS
DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

FABIANA JUNQUEIRA TAMAOKI NEVES

JOÃO AUGUSTO ARFELI PANUCCI

NATACHA FERREIRA NAGÃO PIRES

Presidente Prudente, 06 de novembro de 2017

“Construir um sistema de Justiça é como construir uma estrada; quanto melhor for a estrada, maior será o tráfego; e quanto maior o tráfego, mais depressa a estrada acusará o inevitável desgaste.” José Carlos Barbosa Moreira (2007, p.376).

“Dedico o presente trabalho aos meus pais, sustento de toda minha vida e existência.”

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, confidente amigo, Pai de misericórdia e que me abençoa muito além do que mereço, me concedendo a saúde e a paz necessárias para condução da minha vida. Obrigado por estar sempre ao meu lado, irradiando meus dias de alegria e me amparando nos dias de tormenta.

Agradeço à minha mãe Elisângela, personificação nítida do que é ser guerreira, batalhadora, sempre lutando e me apoiando nas horas mais difíceis. Saiba que foram seus cuidados, dedicações e orações que me deram a esperança necessária para que eu pudesse seguir em frente, sendo o meu maior exemplo de vida. Obrigado por nunca ter desistido de mim.

Ao meu pai Claudir, o meu eterno agradecimento por tudo que representou na minha vida, e que apesar de todas as dificuldades enfrentadas nesse árduo caminho, sempre me fortaleceu e foi muito importante nessa jornada. Obrigado por não medir esforços, por investir e sonhar comigo.

Agradeço à minha irmã Beatriz, por sua capacidade de acreditar comigo nos meus ideais, por se orgulhar de mim e se mostrar interessada nos meus planos. Obrigado por aguentar meus momentos de estresse e impaciência, sendo altamente compreensiva. Mesmo que eu mal demonstre, saiba que não consigo imaginar minha vida sem ti.

Gostaria de agradecer, também, a minha namorada Débora, pelo carinho, amor e atenção dedicados a mim durante todo esse período, pelo tempo no qual me concedeu um ombro amigo e acolheu em teus braços. Você, mais do que ninguém, é quem divide comigo os planos e sonhos para o futuro, sendo meu espelho e minha inspiração para os dias difíceis. Entristece-me saber que, neste pequeno parágrafo, não cabe toda a gratidão que sinto pela sua pessoa.

À minha orientadora Fabiana, o meu agradecimento por acreditar nas minhas ideias e me conceder espaço para que pudéssemos trabalhar juntos. Tenho conhecimento de seu sucesso profissional e fico honrado por ter tido a chance de ter compartilhado meus estudos com uma pessoa tão compromissada.

Não poderia deixar de agradecer a todos os meus amigos e familiares que estiveram comigo, em especial aos meus avós maternos Domingos e Leonice, e paternos Miguel e Maria - *in memoriam* - que demonstram cotidianamente amor e

carinho em sua forma mais pura por mim. Vocês são o alicerce de uma geração, guardiões de experiências e detentores de eterno respeito. Obrigado.

O meu agradecimento final vai à todos que, de uma forma ou outra, fizeram parte da minha vida nesta trajetória e cuja importância é demasiadamente grande para ser reduzida neste modesto espaço, limitando-os. Saibam que fora a torcida e o apoio de vocês se fizeram importante nas horas difíceis.

À procura e esperança, sempre, de dias mais claros.

RESUMO

O movimento constitucional denominado neoconstitucionalismo deve ser interpretado de forma pormenorizada, conquanto tende a atribuir ao Estado Democrático Brasileiro sua razão de ser, de forma que, ao assumir um Documento como protagonista normativo, o Estado e a sociedade aceitam serem regidos por uma Carta Magna, dotada de efetividade constitucional. Busca-se, então, no presente trabalho, entender a propagação jurídica e constituinte, analisando suas definições históricas, transcorrendo o estudo didaticamente por períodos que, de toda forma, auxiliaram a moldar a noção de Constituição que contemporaneamente têm-se. Necessário se fez, assim, analisar todo processo de democratização, analisar a breve história das constituições que pelo Brasil passaram, desde a primogênita, em 1824, no Brasil Império, até a mais recente, de 1988, sob a ótica, também, do Supremo Tribunal Federal, discutindo a efetividade da Constituição de 1988 como Documento vinculador. O trabalho tentará demonstrar, neste sentido, a existência de direitos fundamentais na sua essência constitucional e na resolução de quaisquer conflitos que tendam a surgir, bem como no resguardo de bens jurídicos, quais sejam, a vida, a segurança e a integridade do ser humano. Assim, buscar-se-á entender a atuação ativa e necessária do Supremo Tribunal Federal ante à inércia dos demais poderes, enfatizando a força normativa da Constituição e o ativismo judicial presente na Corte Constitucional, considerando para tanto os seus precedentes, ou seja, como têm os Ministros decididos acerca de temas denominados polêmicos perante à sociedade. Por fim, mas não menos importante que o restante, discutirá sobre a questão da legitimidade de todo o Poder Judiciário neste novo cenário constitucional, buscando entender, também, o caráter eminentemente político e a forma de ingresso de Ministros na Suprema Corte, bem como as respectivas problemáticas que isso invariavelmente proporciona. Longe de esgotar o tema, o presente estudo limita-se, apenas, a discutir e argumentar sob uma ótica crítica.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Neoconstitucionalismo. Direitos Fundamentais. Supremo Tribunal Federal. Força Normativa da Constituição.

ABSTRACT

The Constitutional movement called neo-constitutionalism must be interpreted in detail, although it tends to attribute to the Brazilian Democratic State their reason of being. So assuming a Document as a normative protagonist, the State and society accept to be governed by a Constitution, endowed with constitutional effectiveness. The present work pursues to understand the juridical and constituent propagation, analyzing the historical definitions, going through the study by periods that, in any way, helped to form the notion of Constitution that contemporaneously they have. It was necessary, therefore, to analyze every process of democratization and the brief history of the constitutions that passed through Brazil, from the firstborn, in 1824, in Brazil Empire, to the most recent, in 1988, under the view, also, of the Supreme Federal Court, discussing the effectiveness of the 1988 Constitution as a Linker Document. The work will try to demonstrate, in this sense, the existence of fundamental rights in their Constitutional essence on the resolution of any conflicts that tend to arise, as well as in the protection of the life, safety and integrity of the human being. Thus, it will be sought to understand the active and necessary action of the Federal Supreme Court in the face of the inertia of the other powers, emphasizing the normative force of the Constitution and the judicial activism present in the Constitutional Court, considering their precedents. In other words, it will discuss how Ministers have decided on issues that are called controversial to the society. Last but not least, it will discuss the question of the legitimacy of the entire Judiciary in this new constitutional scenario, looking to understand the eminently political nature and form of admission of Ministers to the Supreme Court, as well as the problems that it invariably provides. Far from exhausting the subject, the present study is limited to discussing and arguing from a critical point of view.

Key-words: Constitutional right. Neoconstitutionalism. Fundamental rights. Federal Court of Justice. Normative Force of the Constitution.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO AO NEOCONSTITUCIONALISMO	13
2.1 História e Avanço Social até a Constituição de 1988	20
2.2 Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988	24
2.3 O Papel Constitucional do Supremo Tribunal Federal	33
3 O PRINCÍPIO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO NO ÂMBITO DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	38
3.1 O Ativismo Judicial Constante do STF: Sua Utilização e Aproveitamento	41
3.2 O Ativismo Judicial Com Enfoque Jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal	51
3.2.1 Interrupção da gestação de fetos anencefálicos	53
3.2.2 União homoafetiva	54
3.2.3 Cotas raciais no ensino superior	55
3.3 A Força Normativa da Constituição Presente em Decisões da Corte Máxima	56
3.4 Desdobramentos do Caráter Sócio-Político Jurídico Presente no Supremo Tribunal Federal	60
4 CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	68

1 INTRODUÇÃO

O objeto de estudo do presente trabalho, sem a mínima intenção de exaurir ou esgotar o tema, vai mais além da despreziosa descrição e análise de um dos principais movimentos constitucionais da história.

Longe disso, insta salientar que a proposta de estudo aqui apresentada ultrapassou atribuições do ponto de vista panorâmico e histórico, transcorrendo pelo âmbito constitucional brasileiro em seus mais variados contextos, com enfoque exclusivo na Corte Suprema Brasileira, conforme se verá.

Explanado ao longo dos debates, então, que os direitos fundamentais estão pautados em uma Constituição que garanta a qualquer cidadão um rol, diga-se, meramente exemplificativo de garantias, procurou-se apresentar um breve panorama histórico sobre tais proteções constitucionais e sua devida aplicabilidade, vinculação e, sobretudo, sua inviolabilidade no Estado Republicano de Direito, ou seja, na Democracia Brasileira.

Assim, para uma melhor assimilação, deve-se entender que o exercício da máquina Jurídica Estatal na prestação de tutela jurisdicional se pauta em uma Constituição rígida e que abrange uma coletânea de direitos fundamentais necessários ao exercício e manutenção da dignidade da pessoa humana, e isto somente é possível ante a presença de um Guardião Constitucional, diga-se, o modelo brasileiro de Corte Superior, o então famigerado Supremo Tribunal Federal, que foi aqui objeto de estudo pela sua história, buscando entender seu presente e tentando, assim, ilustrar o seu futuro, sua vinculação política, estatal e social.

Buscou-se demonstrar, ainda, a organização e a forma como é composta a Corte Constitucional, o eminente caráter político presente e as discussões inseridas neste contexto, bem como o ativismo judicial e a atuação altamente proativa do judiciário ante a inércia funcional dos demais poderes, tentando compreender os efeitos *stricto* e *lato sensu* das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a força normativa que estas possuem e, por fim, relatar casos marcantes nos quais a Corte se pronunciou.

Constata-se, outrossim, que nesta nova perspectiva Constitucional, a atuação do Supremo se expande para além de sua função de aplicação fria da lei e passa a promover, efetivamente, os direitos previstos na Carta sob qual é regido.

Em melhores palavras, a intensa crise institucional que vive o Brasil, bem como outros motivos, insurge e auffera uma postura proativa do Judiciário como um todo.

Frise-se que o tema central é a Força Normativa inerentes às decisões do Supremo Tribunal Federal, mas tal explicação seria vazia sem todas as introduções que se fizeram necessárias para o melhor caminhar do assunto.

Melhor dizendo, a análise fora feita em um ponto crucial entre o movimento constitucional e suas raízes, até o limite das consequências problemáticas até aqui discutidas, ou seja, desde o surgimento da Constituição como documento normativo até a inércia de Poderes constitucionalmente regidos e, obrigatoriamente, uma postura proativa do judiciário.

Neste trabalho acadêmico, quanto à metodologia aplicada, pode-se afirmar que o método se traduz na observação de fatores históricos, ou seja, expondo à luz a evolução Constitucional brasileira e do movimento constitucionalismo, como um todo.

Utiliza-se, ainda, o método dedutivo, ou seja, ao decorrer do presente estudo as premissas estabeleceram-se, principalmente, no plano principiológico e teórico, confirmado com apontamentos práticos e levantamentos de casos.

Por fim, cabe ressaltar, mais uma vez, que os argumentos aqui abordados não tendem a encerrar ou delimitar o tema, de forma alguma. Longe disso, buscou-se apenas, de forma sucinta, introduzir o assunto ao contexto histórico de um movimento importante, bem com as questões pertinentes à força normativa da Constituição no âmbito das decisões do Supremo Tribunal Federal, sua atuação proativa e as consequências que isso trouxe a todo o ordenamento jurídico brasileiro.

2 DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO AO NEOCONSTITUCIONALISMO

Dentre outros assuntos, buscar-se-á agora compreender o avanço e apogeu do movimento denominado como constitucionalismo, tendo-se em mente que a notoriedade e destaque das Constituições na atualidade é resultado de diversos fatores históricos e ideológicos que desabrocharam no continente Europeu e Americano ao longo dos anos.

Em um primeiro momento, deve-se ressaltar que a compreensão histórica pode, quase sempre, ajudar a melhor compreender e englobar o lado prático das mais diversas situações.

Pondere, neste sentido que embora inalterável seja o passado, somente por meio da narrativa de episódios já ocorridos pode-se indicar uma melhor percepção do presente e propiciar uma maior clareza sobre um futuro, deveras, incerto em toda sua natureza.

Assim, importante ressaltar que a concepção e noção de constitucionalismo que paira sobre o ordenamento atualmente se preocupa, sobretudo, em afirmar que a Constituição deve ser interpretada como Lei Maior e até mesmo basear, quando necessário, as variadas singularidades no exercício do Poder Estatal.

Didaticamente diversos doutrinadores reconhecem, no estudo histórico sobre o tema, as suas mais variadas fases, tais como o Constitucionalismo Medieval, o da Antiguidade, o Inglês, o Americano ou até mesmo o Francês.

Deve-se ponderar que o surgimento de um, embasou o surgimento do outro sucessivamente.

Melhor dizendo, a compreensão do cerne do movimento, como um todo, trata-se na realidade da evolução histórica dos Estados e sociedades que foram guiados, mesmo que singelamente, por uma Constituição, e que esta possuía um rol de deveres e principalmente de direitos por ela abrangidos.

Para o ilustre doutrinador Canotilho (1999, p. 47), destaca-se a melhor definição, até o presente momento, sobre o que viria a ser, conceitualmente, o Constitucionalismo:

(...) é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos e dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. (...) É, no fundo, uma teoria

normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

Já nas palavras de Jorge Miranda, (1990, p. 13-14):

A parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado, enquanto comunidade e enquanto poder. É o conjunto de normas (disposições e princípios) que recordam o contexto jurídico correspondente à comunidade política como um todo e aí situam os indivíduos e grupos uns em face dos outros e frente ao Estado-poder e que, ao mesmo tempo, definem a titularidade do poder, os modos de formação e manifestação de vontade política, os órgãos de que esta carece e os actos em que se concretiza.

Assim, pondere-se que o aprimoramento de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder público político que visava, dentre outros aspectos, questionar os planos políticos, filosóficos e jurídicos dá época, bem como os esquemas tradicionais de domínio político surge com a força imprescindível para afastar os ditos modelos de governos, ora obsoletos.

Importante, contudo, uma breve advertência.

O movimento aqui debatido vai muito além das várias noções doutrinárias que defendem a necessidade de uma Constituição para reger a vida de um país, inviabilizando que os governantes possam fazer triunfar seus desejos, vontades e interesses perante a sociedade, coagindo-a.

Trata-se, na verdade, de um momento histórico importante que se fez necessário para que hoje, não muito tempo depois, paire sobre o Estado Democrático Brasileiro uma plena e alicerçada democracia Constitucional.

Pois bem.

Na contramão do poder absolutista do Estado e das barbáries, o movimento encontra seu clímax. Pode-se apontar, por exemplo, como momentoso limite na história do constitucionalismo moderno, enfoque prestigiado no presente trabalho, a Constituição Norte-Americana de 1787 e a Constituição Francesa de 1791, tendo esta como preâmbulo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Na então fase transitória entre Monarquia Absolutista para Estado Liberal, no fim do século XVIII, identifica-se a gênese e expansão do movimento aqui estudado, caracterizado pelo surgimento de documentos escritos, idealização da tripartição dos poderes (harmônicos e independentes), garantia dos direitos individuais e absoluta crença na democracia representativa.

A chegada do primeiro pós-guerra marca uma profunda alteração na concepção do constitucionalismo liberal em si, pois as Constituições de sintéticas passam a ser analíticas, consagrando nos seus textos os chamados direitos econômicos e direitos sociais. Emergiu, então, aquilo que ficou conhecido como passagem da inflexibilidade autoritária à versatilidade democrática.

Nesse contexto, se acresce no cenário brasileiro e em todo o ordenamento jurídico, repercutindo nas suas mais diversas ramificações, a tão importante e necessária transição do Estado de Direito ao Estado Constitucional. Saliente-se, porém, que existe entre os doutrinadores constitucionalistas certa divergência didática e teórica acerca das semelhanças e diferenças entre os modelos de Estado anteriormente mencionados.

No mais, uma parcela ensina que essas expressões são sinônimas e se prestam a indicar um mesmo modelo de Estado, norteados por correntes filosóficas e importantes movimentos, sejam econômicos, sociais ou políticos.

Seguramente, sob outra ótica doutrinária, que opta por seguir caminho diferente, explanando que o Estado Constitucional é, na verdade, um Estado de Direito qualificado.

Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 87):

É o produto do desenvolvimento constitucional do atual momento histórico. (...) algumas fórmulas políticas e jurídico-constitucionais – rule of law, État legal, Rechtsstaat, Estado de direito – condensam determinados momentos concretizadores do Estado constitucional tal como hoje o concebemos.

Conforme já declarado, não se trata de completa alteração de um padrão jurídico por outro distinto, uma vez que a própria análise jurídica-histórica permite, de toda forma, assimilar que o Estado Constitucional cuida ser versão aperfeiçoada ou, até mesmo, preferível do Estado de Direito.

Tal aprimoramento teve, dentre outras qualidades, a concretização e rigidez do núcleo constitucional em face ao poder discricionário. Melhor dizendo, os princípios e direitos fundamentais passam a ter um conteúdo digno, respeitável e imutável dentro do Estado Constitucional ao qual é estabelecido.

Elucidando o raciocínio a fim de melhor o esclarecer, no modelo de Estado Constitucional, *verbi gratia*, têm-se neste momento uma interpretação mais flexível e extensiva da Norma Jurídica Constitucional, de forma que o agente

operador do direito deve-se atentar, sobretudo, as consequências que referida compreensão e apreciação causará à sociedade, pois, de fato, quaisquer atos a serem praticados devem guardar rígida e direta vinculação à Constituição.

Substancialmente, são nas produções normativas precedentes das diversas Cartas Magnas já presentes na história que, naturalmente, se encontrarão os fundamentos de validade e eficácia para fundamentar tais diretrizes e que tem como principal função a de serem normas confortadoras da ordem jurídica democrática.

Melhor dizendo, todo o respaldo de robustez encontrado na Carta Maior no atual momento histórico é fruto de diversos movimentos históricos que, sem eles, a Força Vinculante Constitucional seria, porventura, menor.

Outro ponto importante do Constitucionalismo como um todo, é que proporcionou ao Poder Judiciário a missão e dever de ser órgão vinculador e mitigador e, em razão do modelo de Estado Constitucional adotado, cria-se a árdua tarefa de apresentar as Normas Jurídicas Fundamentais a toda sociedade, bem como relacionar a Democracia vigente aos Direitos Fundamentais, visto que, no atual modelo, a vida e a dignidade da pessoa humana começam a ganhar o seu devido espaço no seio social.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2005, s.p):

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

Avançando no contexto cronológico e deixando de lado as definições didáticas entre Estado de Direito e Estado Constitucional, torna-se evidente que após o término da Segunda Guerra Mundial, o excesso do direito positivo e o constitucionalismo da época davam brechas à sistemáticas violações de direitos fundamentais.

Em outras palavras, as nações tardiamente perceberam que o direito mostrou-se incapaz de conter as diversas barbáries oriundas dos regimes totalitários e, então, durante a crise humanitária que se espalhou, nasce um movimento que

procura reerguer as bases do Direito Constitucional, denominado por muitos estudiosos como “neoconstitucionalismo”.

Em grande parte, a ideologia que se ampliou com base no desenvolvimento e o cumprimento aos Direitos Humanos foi essencial para que tal movimento fosse expandindo-se e ganhando a força necessária para galgar grandes passos, como de fato o fez.

E não é só.

Houve também a grande necessidade de superação de um passado considerado recente e marcado de horrores, que exigiu às pressas uma nova interpretação do Direito Constitucional. Buscou-se, dentre muitas outras vertentes, a maior elevação do ser humano na história, conferindo-lhe, inclusive, a garantia da indisponibilidade da vida.

Pelo que se percebe, as Constituições presentes nos Estados eram vistas e interpretadas muito mais como um Documento Político do que propriamente como um Documento Jurídico vinculativo.

E é justamente dessa acepção que surge e fomenta a discussão no presente trabalho.

Assim, o neoconstitucionalismo é incorporado pelo Direito com o intuito de dar maior efetividade aos princípios fundamentais, possuindo, ainda, a missão de transformar a realidade da sociedade e da própria Constituição, normativamente dizendo.

Cabe elencar, neste sentido, que embora o prefixo “neo” transmita a ideia de se estar diante de novo acontecimento, como se o constitucionalismo atual fosse substancialmente diverso daquilo que o precedeu, o entendimento majoritário de grande parte estudiosa é de que na verdade trata-se, substancialmente, da incorporação de várias características modernas em um movimento já existente e consolidado.

Em outras palavras, deve-se considerar que referido movimento vai muito além de ser apenas o ponto divisor com o seu pioneiro, o qual tinha previsão meramente formal de direitos.

Trata-se, na realidade, de tentativa da garantia material e eficaz de direitos fundamentais para todos, *lato sensu*.

No Brasil, os grandes marcos do neoconstitucionalismo se confirmam na abertura democrática vivida em meados da década de 1980 e da Constituição de 1988, conhecida popularmente como Constituição Cidadã.

A respeito do tema, considerem-se ainda os dizeres de Luís Roberto Barroso (2005, s.p.):

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

Por sua vez, Inocêncio Mártires Coelho (2009, p. 402) esclarece que o novo marco constitucional evidencia-se pelos seguintes aspectos: “a) mais Constituição do que leis; b) mais juízes do que legisladores; c) mais princípios do que regras; d) mais ponderação do que subsunção; e) mais concretização do que interpretação.”

Diante do indicado, constata-se que o “novo constitucionalismo”, na sua natureza, tem como causa a nova leitura da dignidade humana, atribuindo aos direitos fundamentais um valor supremo a ser respeitado e ressaltando, bem como enaltecendo, a Força Normativa da Constituição, explanada na teoria do brilhante doutrinador Konrad Hesse (1949)¹.

Melhor frisando, a principal lição passada pelo Constitucionalismo contemporâneo é a atribuição de principal documento à Carta Maior no ordenamento jurídico, respaldando de toda forma o enaltecimento dos direitos fundamentais.

Luis Roberto Barroso (2009, p 5-6) explica o mencionado dizendo:

Em um Estado Constitucional existem três ordens de limitação de poder. Em primeiro lugar, as limitações materiais: há valores básicos e direitos fundamentais que não devem ser sempre preservados, como a dignidade da pessoa humana, a justiça, a solidariedade e os direitos à liberdade de religião, de expressão, de associação. Em segundo lugar, há uma específica estrutura orgânica exigível: as funções de legislar, administrar e julgar devem ser atribuídas a órgãos distintos e independentes, mas que, ao

¹ Em sua obra A força normativa da constituição (Die normative Kraft der Verfassung), Konrad Hesse abrange diversos pontos que serão objetos de estudo em momento oportuno.

mesmo tempo, se controlem reciprocamente (check and balances). Por fim, há limitações processuais: os órgãos do poder devem agir não apenas com fundamento na lei, mas também observando o devido processo legal, que congrega regras tanto de caráter procedimental (contraditório, ampla defesa, inviolabilidade do domicílio, vedação de provas obtidas por meios ilícitos) como de natureza substantiva (racionalidade, razoabilidade-proporcionalidade, inteligibilidade).

Ainda, vale mencionar também os seguintes dizeres do professor Eduardo Cambi (2011, p. 204-205):

Negar o princípio da supremacia da Constituição seria permitir que o ato delegado, pelo povo soberano, aos seus governantes, poderia ir além dos termos do mandato a estes outorgado. Seria o mesmo que sustentar que o mandatário é superior ao mandante, que os empregados (servidores) são superiores aos empregadores, que os representantes do povo estão acima do próprio povo, além de se admitir que as pessoas que possuem determinados poderes (competências/atribuições) podem fazer não apenas o que eles não permitem, como também o que proibem.

Assim, é válido afirmar que tal movimento tem sido notável pela existência de um aprofundado caráter social e pelo seu autoritarismo Constitucional, no sentido da existência de um texto formal, escrito, amplo, rígido, extenso e analítico, que encarcera conteúdos essenciais à manutenção dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico.

Dentro desta perspectiva, deve-se ressaltar que o Poder está devidamente intervalado e constituído por três pilares distintos: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, cada qual com sua respectiva função em prol de direitos e garantias.

Nesta senda, os Poderes Legislativo e Executivo ficariam com a função usual de legislar, como atribuição principal típica, de forma que para o Judiciário restaria analisar a legalidade de referidas Leis, tendo como ferramenta, por exemplo, o controle de constitucionalidade, trazendo à tona os seus devidos benefícios, seja para a sociedade ou para o Estado.

Por fim, conforme explanado, parece incontroverso haver emergido uma percepção no que se refere à necessidade de uma releitura das ideias iniciais confirmadas pelo positivismo que, sob a perspectiva do neoconstitucionalismo, conduzem à melhor aplicação da Constituição com o propósito de concretizar os direitos fundamentais, concedendo e legalizando, assim, uma postura totalmente proativa do judiciário, conforme se verá em capítulo próprio.

2.1 História e Avanço Social até a Constituição de 1988

Historicamente, sabe-se que a Constituição Federal de 1988 foi um marco no Brasil, tendo como eixo os princípios de direitos fundamentais e humanos a partir dos quais se definem as responsabilidades do Estado.

O texto caracterizou certo processo de redemocratização após o período de regime militar que pairou sobre terreno brasileiro (1964 a 1985), e emergiu, à luz do bom senso, um novo cenário político-jurídico, buscando responder as ambições e anseios de uma sociedade civil que foi represada durante vinte anos por um sistema político autoritário.

Nas palavras do honorável Barroso (2001, p. 10):

A constituição brasileira de 1988 tem, antes e acima de tudo, um valor simbólico: foi ela o ponto culminante do processo de restauração do Estado democrático de direito e da superação de uma perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista de exercício do poder, timbrada na intolerância e na violência. Ao reentronizar o Direito e a negociação política na vida do Estado e da sociedade, removeu o discurso e a prática da burocracia tecnocrático-militar que conduziu a coisa pública no Brasil por mais de vinte anos.

Também conhecida como Constituição Cidadã, a atual Carta Magna adotou como forma de Estado a Federação, englobando a coexistência no território de várias unidades dotadas de autonomia política, trazendo ainda como fundamentos essenciais a soberania estatal, a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Em outras palavras, o Texto trouxe para a sociedade uma nova fase de reconstrução e organização constitucional, com fulcro no ser humano, onde o povo tinha direitos que, pelo menos no plano teórico, faziam com que todos fossem iguais perante a recente Lei promulgada.

O legislador opta ainda, seguindo à risca a nova interpretação Constitucional, por garantir melhores e maiores direitos na nova Carta Magna brasileira, quais sejam: melhorando e aperfeiçoando os direitos trabalhistas; fortificando as receitas estaduais e municipais; aduzindo melhor a responsabilidade do Estado por atos de seus agentes; melhorando a organização e funcionamento da Administração Pública; autorizando o voto aos jovens maiores de 16 anos, bem como aos analfabetos; elencando crimes de responsabilidade; acrescentando

diversos dispositivos de proteção ao meio ambiente; impondo o fim da censura de rádio e TV e, por fim, propiciando ao homem a conquista e desenvolvimento de seus direitos individuais e coletivos que, com o tempo, tornaram-se vitais à manutenção da vida cotidiana.

Nada obstante, nem sempre a democracia e os direitos fundamentais regeram-se normativamente em território nacional. Ao decorrer de sua história, o Brasil presenciou sete Constituições, sendo uma delas no período monárquico e seis no período republicano que, como será explanado a seguir, tiveram características próprias de seus respectivos governos políticos.

Melhor explicando, cada mudança de Constituição a Constituição (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988), ocorreu em geral por fortes fatores históricos, com suas respectivas vertentes políticas e sociais que, à época, permitiam que tais alterações se encaixassem em seu contexto fático.

Passar-se-á agora a análise, de forma breve e sucinta, da história de cada Constituição, seu impacto social e o momento histórico em que cada uma sobreveio.

Assim sendo e considerando a influência da Revolução Francesa e das Revoluções Americanas, irrompe no âmbito nacional a Constituição de 1824, que procura, dentre outras coisas, organizar juridicamente o país, agora independente, com uma forte centralização político-administrativa e com propensões predominantemente autoritárias.

Com seu governo monárquico e conhecida como “Constituição do Império”, tal Carta garantiu a sobrevivência político-social de várias classes burguesas, sustentando desta forma o movimento escravista presente na época.

Pondera-se, ainda, que para a divisão e o exercício do poder político, não fora adotada a separação tripartida de Montesquieu, pois, além das funções clássicas hoje existentes (Legislativa, Executiva e Judiciária), estabeleceu-se o “poder moderador”, sendo este a chave de toda a organização política da época, com funções como, por exemplo, “nomear senadores; sancionar as leis; nomear e demitir os ministros; perdoar as penas impostas ao réu”, como ensina o doutrinador Jorge Miguel (1995, p. 39).

Com a chegada da Constituição de 1891, em período de proclamação da República e inspirado no Constitucionalismo americano, abandona-se o sistema estritamente político e elimina-se então a figura do moderador.

Adota-se no Brasil a forma federativa de Estado e republicana de governo, do mesmo modo que o modelo tripartido dos poderes junto com o sistema presidencialista. Surge, também, o remédio constitucional *Habeas Corpus*, junto à rigidez constitucional.

Destarte, esta foi a primeira Constituição no sistema republicano de governo com a abolição da monarquia, resultando na necessária e tardia desvinculação entre Estado e Igreja Católica, bem como dando margem ao início de alguns direitos fundamentais, tais como, eleições com voto direto, porém não secreto.

Ressalta-se, aqui, o surgimento do sistema de controle judicial difuso, atribuindo ao Judiciário a competência de aferir a legalidade da lei com a própria Constituição, desde que provocado fosse.

A Constituição de 1934, por sua vez, surge introduzindo significativas mudanças no sistema jurídico brasileiro. Marcada por fatos históricos importantes, quais sejam, a Primeira Guerra Mundial, a Crise do Café e Revolução de 1930, a terceira Constituição colocou um basta na Era dos Coronéis, sendo a primeira a propiciar um rol mínimo de direitos fundamentais, criando inclusive o voto secreto e obrigatório para os maiores de dezoito anos e abrangendo o sufrágio para o sexo feminino, que há muito tempo vinha sendo reivindicado, engendrando no ordenamento, ainda, a justiça eleitoral e a do trabalho.

Importante salientar os dizeres do constitucionalista Paulo Vicente sobre o controle de constitucionalidade na Carta de 1934 (2015, p. 796):

Foi a carta de 1934 que passou a integrar nosso sistema de controle a denominada “reserva de plenário”, segundo a qual somente a maioria absoluta dos membros dos diversos Tribunais do Poder Judiciário dispõe de competência para declarar a inconstitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público – fortalecendo sensivelmente o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, em favor da segurança jurídica. Foi nessa Constituição, também, que primeiro apareceu a possibilidade de atribuição de efeitos gerais à pronúncia de inconstitucionalidade, embora, para tanto, a intervenção do Poder Legislativo.

Inovadora, porém curta, a Constituição 1934 deu espaço à Carta Magna de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, que fora fruto de um golpe de Estado com fortes inclinações autoritárias.

Ora, a mera previsão da pena de morte para os casos previstos na legislação militar em tempos de guerra declarada, bem como a ausência do princípio

da legalidade, por exemplo, já demonstra o intenso retrocesso jurídico contido nesta Constituição.

Destarte, é possível citar como principais pontos desta Carta, vigente no Estado Novo, a concentração de poderes Executivo e Legislativo nas mãos do Presidente da República, que agora era eleito indiretamente e possuía um mandato de seis anos, retirando do trabalhador, ainda, o seu direito de greve.

Como reflexo da derrota nazi-fascista na Segunda Grande Guerra, bem como com a queda do Estado Novo, surge a Constituição de 1946, que procura principalmente restaurar o controle judicial no Direito brasileiro, cedendo novas conformações às ações diretas de inconstitucionalidade.

A presença da igualdade e liberdade entre os indivíduos, inviolabilidade de sigilo na correspondência, a extinção da pena de morte e, novamente, a separação de poderes, trouxe ao cenário brasileiro um novo norte, qual seja, um caminho novo até a real democracia e desenvolvimento estatal.

A descaracterização da Carta de 1946 ocorreu após uma série de emendas, pois durante a sua permanência o ordenamento democrático estabelecido veio a suportar diversas tentativas de golpes políticos, tendo sucesso o maior deles, qual seja, o Militar em 1964.

A Carta de 1967, por ser turno, concentrou vigorosamente o poder no âmbito federal, ou seja, conferindo vastos poderes ao Presidente da República.

A sexta Constituição brasileira retrata um rol de direitos fundamentais, porém, reduz os direitos individuais. Importante ressaltar que houve uma ampliação na justiça militar e embora pregue o federalismo, há uma forte tendência à centralização.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 1094):

A constituição de 1967 não trouxe muitas mudanças ao sistema de controle de constitucionalidade mantendo-se a ação direta de inconstitucionalidade tal como prevista na Constituição de 1946, e mantendo incólume o controle difuso. O ato institucional nº 5, conferiu ao chefe do poder executivo amplos poderes, podendo decretar o recesso do congresso nacional, das assembleias e das câmaras dos vereadores, bem como determinar a intervenção nos estados e municípios, sem limitações, tendo suspenso as garantias constitucionais. A primeira constituição em solo brasileiro, era de fato, um documento jurídico muito importante para a época.

Com a promulgação da atual Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal passou a tratar de temas predominantemente Constitucionais.

Conforme leciona, ainda, Gilmar Ferreira Mendes acerca do controle de constitucionalidade brasileiro (2009, p. 1104):

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (Art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

Portanto, é possível afirmar que diante do breve histórico das Constituições brasileiras aqui apresentadas, a sociedade encaminhou e moldou-se a cada uma delas, dado que, de uma forma ou outra, os acontecimentos sociais e políticos sempre foram um grande fator influenciador nas suas composições, suas inaugurações e até mesmo em seus encerramentos.

2.2 Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988

Existe a afirmação de que os Direitos Fundamentais, sob a ótica do Direito Constitucional Positivo, embasam significativas relações jurídicas relacionadas às pessoas de um modo em geral. Tal premissa ganha força e sentido quando relaciona-se tais direitos como sendo primordiais para qualquer ser humano, independentemente de quaisquer requisitos pessoais específicos.

Melhor dizendo, são direitos que compõem um núcleo incorpóreo e universal, buscando, na fumaça do bom direito, que seres submetidos a qualquer ordem jurídica estatal possuam o mínimo necessário para a manutenção de sua dignidade.

Vê-se, assim, que os Direitos Fundamentais auxiliam na positivação e cumprimento dos ditames Constitucionais, possuindo, ainda, total inerência ao digno caminhar da sociedade civil por serem, inclusivamente, independentes e pré-existentes desta.

Em outras palavras, a Constituição precisa ter a quem servir, e por outro lado, o ser humano precisa da proteção fundamental que lhe é garantida, surgindo, desta forma, uma *conditio sine qua non* entre a coexistência e vinculação entre ambas.

Verifica-se, então, que os direitos fundamentais são totalmente relacionados às pessoas físicas ou jurídicas que, sob o prisma do direito constitucional positivo, formam um Estado Constitucional Democrático íntegro e respeitável e, portanto, são colocados em diversas esferas: indisponibilidade, indivisibilidade, universalidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade e, a mais importante delas, a inviolabilidade.

Assim, os aludidos direitos desempenham, no dizer de Canotilho (1993, p. 541):

A função de direitos de defesa de cidadão sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmo (liberdade negativa).

Sobre o nosso ordenamento, paira, contudo, certa divergência sobre a data certa sobre o surgimento dos direitos fundamentais.

Alguns, alegam que datam de antes de Cristo. Já outros defendem o posicionamento que tais direitos vieram juntamente com a Magna Carta na Inglaterra, em 1215. Há, porém, quem refute tais ideias afirmando que a primeira Constituição propriamente seria o Bill of Rights (Inglaterra, 1688/1689), que previa direitos para todos os cidadãos e não apenas para uma camada social.

Destarte, para a doutrina positivista, a primeira Constituição escrita seria a Constituição Americana de 1787, portanto, o advento de aludidos direitos de lá decorreria.

De toda forma, assume-se uma posição de que os direitos aqui discutidos estão agregados à herança comum da humanidade e são assumidos, de forma internacional, a partir da Declaração da Organização das Nações Unidas de 1948. Tem-se, então, que a partir daquele momento a Constituição é elevada como Lei maior, solidificando o Estado democrático, fazendo prevalecer a vontade dos ditames da Carta Magna e não a do governante, como base.

É o que cita Ingo Wolfgang Sarlet (2013, p. 184):

Tendo em conta que se trata de direitos com assento constitucional, a própria noção de fundamentalidade dos assim designados direitos (e deveres) fundamentais guarda relação já com determinada hierarquia

normativa no âmbito interno de cada Estado, especialmente no que diz com a limitação jurídica do poder e a supremacia das normas constitucionais no âmbito do ordenamento interno. Além disso, a evolução constitucional aponta para o reconhecimento de um regime jurídico privilegiado dos direitos e dever fundamentais no contexto de determinada constituição, regime este que depende particularmente das peculiaridades do direito constitucional positivo, reclamando uma construção dogmática vinculada ao contexto vigente.

Deveras, as barbáries que ocorreram durante a Segunda Grande Guerra Mundial (1939-1945) que envolveu as maiores potências mundiais da época, trouxeram de fato a positivação e concentração dos direitos fundamentais de forma explícita nas Constituições seguintes.

Melhor dizendo, somente o fato de o homem ter causado extermínios em massa e possuir bombas nucleares possíveis de acabar, a qualquer tempo, com o planeta no qual se vive, aflorou na humanidade a preocupação com a proteção aos direitos e deveres fundamentais, fruto de instabilidade e dissensões entre diversos Estados soberanos que perdura até os dias atuais.

Surge nessa ocasião o escopo, diga-se legítimo, da alteração dos valores fundamentais para normas constitucionais imperativas, passando estas a possuírem grau de hierarquia diferenciado em relação às demais normas do sistema, guiado por um novo sistema constitucional.

Para melhor compreensão a respeito da evolução e desenvolvimento de tais direitos, a doutrina nos apresenta a classificação em “dimensões”, que é terminologia moderna da expressão “geração”.

Assim, neste sentido, pode-se afirmar que o progresso dos direitos fundamentais transpôs três fases distintas, que consistem nas primeiras três gerações ou dimensões clássicas dos direitos fundamentais instituídos na maioria dos Estados e Constituições.

Todavia, há quem defenda a existência de uma quarta e quinta gerações, tendo em vista o constante avanço social oriundo do dinamismo da vida coletiva.

Frise-se, contudo, que não há consenso entre os estudiosos constitucionalistas quanto aos bens protegidos por essas novas gerações. Abaixo, tentar-se-á explicar, sucintamente, um pouco sobre cada uma delas.

A primeira dimensão diz respeito aos direitos políticos, de liberdade e os da natureza civil do homem, tendo como marco para seu desabrochamento a

Constituição Americana de 1776, uma vez que, no contexto histórico, o homem precisava de maior autonomia em face do poder Estatal eminentemente absolutista que pairava sobre o ordenamento na época.

Tais direitos propositavam o afastamento do poder monárquico e o asseguravam os direitos mínimos para o exercício da sua atividade burguesa nascente.

O surgimento da segunda dimensão de direitos fundamentais está estritamente ligado aos direitos sociais e tem como prenúncio a Carta Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar, de 1919.

Foi então requisitada uma participação maior do Estado, que deveria assumir um caráter proativo em face ao referido reconhecimento da função social.

A demasiada liberdade que pairou sobre os direitos de primeira dimensão causou um desequilíbrio social que, neste momento histórico, deveria ser reparado.

Nas palavras de Themistocles Brandão Cavalcanti (1966, p. 202), que analisou o seguinte:

O começo do nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas de convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice etc.

Já no desfecho do século XX, verificou-se o surgimento da terceira dimensão de direitos fundamentais, que teve como principal propósito o de proteger a coletividade e não apenas os direitos inerentes ao indivíduo.

É neste período que surgem os direitos difusos e coletivos, tendo como diferença que, naqueles, um número incalculável de pessoas será atingido como, por exemplo, no direito ambiental. Já nos direitos coletivos, por sua vez, é possível uma mensuração aproximada de pessoas sobre as quais tais direitos ecoarão.

Frisa-se que, independentemente de mencionadas ponderações, os direitos difusos e coletivos são em prol de toda coletividade, ou seja, um rol determinado ou não de pessoas sairão beneficiadas. T

emos como exemplo principal os direitos tocantes à fraternidade e solidariedade, concretizando-se, também, os avanços tecnológicos do período.

O surgimento da quarta dimensão relaciona-se com o caminhar da humanidade, momento em que se deu a grande evolução dos meios de comunicação. Assim, há quem introduza nesta dimensão os direitos relacionados à informação em sentido amplo.

No atual milênio, a conduta do homem moderno sofre diversas modificações com a expansão tecnológica, dando origem à quinta dimensão dos direitos fundamentais, quais sejam, aqueles adstritos ao biodireito, que nada mais são do que as clonagens, alimentos transgênicos, pesquisas de células tronco e também os relacionados à paz e justiça, ou seja, as aspirações universais humanitárias

Porém, importante frisar, conforme já explanado, que surgem divergências doutrinárias quanto à posição dos direitos estabelecidos nas referidas gerações, que dão margem a divergências sobre o rol, e até mesmo a existência de outras dimensões.

Depois da breve análise, cabe salientar que, atualmente, a depender do direito elencado, estará presente nos chamados Tratados Internacionais que aos poucos se infiltram no Direito Interno dos Estados, garantindo, assim, honra às condições de vida e respeito aos direitos, independentemente de qualquer nacionalidade, raça, credo, idade ou cor, submetendo tal tutela unicamente a uma condição, qual seja, a de ser humano.

O caso da imigração dos haitianos² é um exemplo do exposto, visto que, embora sejam de outra nacionalidade e possuam outra cultura, o grande número de refugiados buscam por refúgio as garantias fundamentais constitucionais que os amparem de forma melhor do que as de seu próprio Estado, tentando então, em solo nacional, uma nova vida para si e suas famílias.

É importante frisar, por fim, que os direitos fundamentais são inexauríveis, pois a cada nova conquista que a sociedade alcança, surge o anseio por novos direitos, culminando na busca constante para que todos eles, de forma geral, sejam resguardados e concebidos.

² Após uma série de abalos sísmicos de grandes proporções atingirem a República do Haiti, no ano de 2010, aliados a pobreza e falta de amparo Estatal, uma grande quantidade de haitianos saíram de seu país origem, sendo o Brasil foi um dos principais destinos. Segundo dados da ACNUR, a apuração de haitianos que entraram no país, sob condição de refúgio ou similar, saiu de 7 em 2009 para 595 em 2010, e 29.241, no ano de 2014.

Considere-se o ensinamento do professor José Afonso Da Silva (2000, p. 153) sobre o assunto:

O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que a cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira em proprietários e não proprietários.

Conforme afirmado anteriormente e ponderando o cenário exibido até o presente momento, de que o Estado Constitucional tem o sentido de sistematizar uma estrutura alicerçada na predominância da Constituição e na supremacia vinculante dos direitos e princípios fundamentais, razoável, outrossim, crer na formação do cenário brasileiro apto a substancializar, de fato, essa nova ordem.

Assim, deve-se encarar o Direito Constitucional e suas ramificações como importantes funções tendentes à modificação da realidade social, ou seja, a Carta Constitucional, conforme já mencionado, deve ser entendida como limitativo de Poder, uma vez que, engendrada como um conjunto de princípios e regras, é destinada para que a nação e todos os Poderes a respeitem.

É preciso ressaltar, ainda, que no âmago da Constituição de 1988 há dois elementos imprescindíveis, os quais se definem em: separação dos poderes – também conhecida como delimitação jurídica ao poder estatal – e os direitos fundamentais. Portanto, indubitável que, na medida em que tal qualidade constitucional é apresentada no Brasil, a própria Constituição adquire uma compleição elevada das demais leis, deixando de ser encarada como mero documento político.

Em outras palavras, constatada a presença de um Estado Constitucional Democrático, que é dirigido a consolidar valores constitucionais em prol da sociedade, chega-se à compreensível conclusão de que a concretização e satisfação de direitos torna-se uma das principais garantias e objetivos desta Constituição.

Nas palavras de Hans Kelsen (1993, p. 67):

De fato, a existência da maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria e, por consequência, o direito da maioria pressupõe o direito à existência de uma minoria. Disto resulta não tanto a necessidade, mas

principalmente a possibilidade de proteger a minoria contra a maioria. Esta proteção da minoria é função essencial dos chamados direitos fundamentais e liberdades fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições das democracias parlamentares.

Frisa-se, então, que a atual Carta Magna brasileira consagrou de modo extensivo, expressivo, digno e eficiente os direitos e garantias fundamentais, determinando ao Poder Judiciário a efetiva proteção jurisdicional ao homem e a quem a ele recorresse.

Com um grande leque de direitos e garantias destinado a todos, a existência de conflitos entres estes é fato inevitável. Tem-se, a título de exemplo, o choque entre o direito à vida e a liberdade de expressão.

Nestes casos, e em muitos outros que foram surgindo durante a interpretação constitucional, não se pode estipular, ao certo, qual direito deve prevalecer, justamente por não haver entre eles qualquer tipo de hierarquia legal ou moral.

O conflito se resolverá no momento em que se proceder à análise do caso concreto e, com base nos critérios de proporcionalidade, elaborar-se-á uma melhor distinção entre qual direito deve preponderar sobre o outro.

De toda forma, deve-se buscar uma solução consensual que proporcione o máximo equilíbrio possível aos dois direitos conflitantes em questão.

Assim, exemplificando todo o exposto, supondo que em determinado caso, o direito à liberdade de imprensa entre em conflito com o direito à intimidade, a justiça deve buscar uma solução para dar equilíbrio ao direito. Como exemplo é possível citar o caso de Carolina Dieckmann³.

Necessário o entendimento, então, de que o direito a ser prevailecido dependerá, sobretudo, do caso em concreto e, ainda, da análise pelo magistrado, considerando-se que nenhum direito fundamental é absoluto e não pode, nunca, ser usado como refúgio para a prática de ato ilícito.

Ora, não é sensato alegar liberdade de manifestação do pensamento como intuito de difundir ideais discriminatórios, por exemplo.

³ A 20.^a Vara Cível do Rio de Janeiro condenou uma emissora de televisão a indenizar a atriz Carolina Dieckmann por danos morais. No processo, a atriz aduziu que teve sua privacidade e intimidade violadas ao ser perseguida por personagens de um programa. O juiz, no caso, alegou não se aplicar a reivindicação de que seja preservada a liberdade de imprensa e o direito à informação, aduzindo, para tanto, o inciso II do artigo 5º da Constituição Federal. Processo nº 2005.001.117530-6 Autor: Carolina Dieckmann Réu: TV Omega Ltda. Procedimento comum ordinário

Abaixo, confira-se trecho da ementa⁴ exemplificando o alegado:

(...) Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'direito à incitação ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

Nas palavras de André Ramos Tavares (2009, p. 528):

Não existe nenhum direito humano consagrado pelas Constituições que se possa considerar absoluto, no sentido de sempre valer como máxima a ser aplicada nos casos concretos, independentemente da consideração de outras circunstâncias ou valores constitucionais. Nesse sentido, é correto afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos. Existe uma ampla gama de hipóteses que acabam por restringir o alcance absoluto dos direitos fundamentais.

Após a construção de tais premissas e diante do analisado, chega-se à nítida conclusão de que o primeiro limite encontrado quando se trata de direitos fundamentais é o próprio surgimento de outros direitos, tão indispensáveis e cruciais quanto àqueles primeiros.

É necessário frisar, embora óbvia seja tal afirmação, que o cidadão apenas será resguardado pelos direitos fundamentais enquanto permanecer na estrita legalidade.

Em outras palavras, é nos termos da Lei que ocorre o encontro entre homens e aludidos direitos.

A Constituição é caracterizada por ser Norma Jurídica elementar ao pleno exercício da real democracia, tendo a força de vincular a todos dentro do território nacional com suas normas que garantam, de uma forma ou de outra, a aplicabilidade dos direitos fundamentais.

O Estado e seus mais variados órgãos, detentores do poder que são, não pode retrogradar, comprimir ou extinguir tais direitos por vontade própria, pois

⁴ HC 82.424/RS, STF, Pleno. Ministro Relator para o Acórdão: Maurício Corrêa, DJ de 19.03.2004.

de forma estão vinculados à incumbência de melhoria, distribuição e aplicabilidade destes.

Nesses termos, confira-se pertinente posicionamento defendido por Eduardo Cambi (2011, p. 206):

É pelo princípio da supremacia da Constituição que se pode tornar indisponíveis os elementos estruturais da convivência política e social contra a vontade política ocasional e esporádica dos governantes. Em uma sociedade justa e bem ordenada, as leis não podem comprometer a realização dos direitos fundamentais. Sendo tais direitos fundamentais trunfos contra a maioria, não poderia ser essa maioria, mas um órgão independente e especializado quem deveria ter a competência para verificar a existência de ações ou omissões contrárias à Constituição.

Devemos considerar, ainda, totalmente errada a assimilação segundo a qual os direitos fundamentais estão previstos somente no Título II, artigo 5º ao artigo 17 da Constituição Federal. Muito longe disso, a interpretação da Lei Maior deve de ser feita de forma extensiva, pois, caso contrário, estes perderiam sua eficácia.

Ora, importante ressaltar, de maneira imperativa, a primazia pela interpretação constitucional de maneira extensiva sempre para o fim de aproveitar e traduzir as normas e direitos implícitos que devem ser interpretados da melhor maneira possível.

Ademais, uma questão pertinente a ser introduzida no presente estudo é a referente aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos e a hierarquia com a qual ingressam no ordenamento jurídico brasileiro.

Após algumas divergências, a consagrada Emenda Constitucional 45/04 incluiu o §3º no artigo quinto da Constituição⁵.

Destarte, configura-se o seguinte entendimento:

I) os tratados internacionais que não tratem sobre direitos humanos continuam a valer com força de apenas lei ordinária;

II) os tratados sobre direitos humanos aprovados mediante o trâmite de emenda constitucional (3/5 dos votos de cada Casa do Congresso, por dois turnos em cada uma delas) passaram a ter mais força, qual seja, a de emenda constitucional, isto é, tornam-se parte do Texto maior.

⁵ Art. 5º, §3º, da CF/88: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

Todo o mencionado não exprime qualquer tipo de novidade. Longe disso, tentou-se apenas e sucintamente discorrer e comentar sobre conhecimentos já estabilizados, porém inexorados, acerca dos direitos fundamentais presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

2.3 O Papel Constitucional do Supremo Tribunal Federal

A vida em sociedade, desde os primórdios, tem sido repleta de conflitos, ganhando mais força ainda no mundo contemporâneo.

A afirmativa ganha sentido quando se constata que o homem, inserido num meio social, anseia e luta por seus ideais e direitos e, invariavelmente, entra em conflito para proteger aquilo que lhe convém.

E justamente neste aspecto que o Estado intervém, por meio Poder Judiciário, e garante cumprimento e efetividade dos direitos àqueles que assim fizerem jus. Com o passar do tempo, o maior volume de litígios inevitavelmente ocasionou grande quantidade de demandas a serem resolvidas.

Assim, além do grande volume de processos, verifica-se o fato de que cada magistrado, de primeiro ou segundo grau, embora vinculado à lei, está adstrito ao seu entendimento e forma singular de solucionar o litígio, surgindo na sociedade o temor da insegurança jurídica. Para resolução deste e outros inconvenientes, advém o conceito das Cortes Superiores, que está presente em praticamente todos os ordenamentos jurídicos em seus mais variados modelos e acepções.

Em fácil definição, tais Cortes Supremas analisam e decidem o caso, não possibilitando qualquer tipo de recurso ou reanálise, dando a voz final ao litígio.

Num sentido mais moderno, tais tribunais analisam também a legalidade de todas as leis dentro de um ordenamento (controle de constitucionalidade difuso e concentrado), sendo responsáveis ainda por julgamento de pessoas relacionadas aos poderes públicos que gozam de algumas presunções.

Neste sentido e para melhor compreensão, considerem-se os dizeres traduzidos por Michele Taruffo⁶ (p. 118, 2013):

Por um lado, se levam em consideração as cortes que se definem como supremas porquanto se colocam no vértice da organização judiciária

⁶ Traduzido do livro original "Le Funzioni delle Corti Supreme. Cenni Generali" (As funções das Cortes Supremas. Aspectos Gerais).

ordinária (*ordinamenti giudiziari ordinari*), notam-se variações assaz relevantes. O modelo de cassação da trdição francesa e – em qualquer medida – italiana é assaz diferente do modelo de revisão do tipo austro-alemão. Ambos os modelos são muitos diferentes por numerosos aspectos seja da Supreme Court inglesa, em funcionamento desde 2009 (mas também da House of Lords que anteriormente desenvolvia a função de órgão de vértice da justiça inglesa), seja – sobretudo – da Suprema Corte dos Estados Unidos. Posteriormente variações verificam-se nas cortes de vértice de numerosos outros ordenamentos, nos quais não raramente encontramos modelos mistos, não reconduzíveis nem aos arquétipos tradicionais de civil law nem àqueles de common law. Todavia, uma característica comum que pode ser acolhida em todas essas cortes é que essas são supremas enquanto órgãos de última instância, isto é, contra suas decisões não é admitido nenhum recurso para órgãos hierarquicamente superiores.

Importante ressaltar ainda os dizeres de Daniel Mitidiero (2014, p. 31-32):

Uma adequada organização das cortes judiciárias em determinada organização judicial é de fundamental importância por inúmeras razões. Duas, no entanto, merecem desde logo menção. A uma, desde uma perspectiva interna, uma adequada distribuição das competências entre as cortes judiciárias promove a economia processual ao viabilizar a racionalização da própria atividade judiciária. Importa que os tribunais trabalhem apenas na medida em que necessário o seu trabalho para consecução dos fins a que se encontram vinculados do ponto de vista da estrutura judiciária. É preciso que as cortes trabalhem menos para que trabalhem melhor. A duas, desde uma perspectiva externa, a tempestividade da tutela jurisdicional, já que a abertura de determinadas instâncias judiciárias – que obviamente consome tempo para o seu percurso – só se justifica à luz do escopo para que foram pensadas dentro da organização dos tribunais.

Assim, após brevíssima análise sobre o papel das Cortes Supremas, necessário se faz um aprofundamento do tema com a sua ramificação brasileira, insurgindo-se o Supremo Tribunal de Justiça, posteriormente passando a se chamar Supremo Tribunal Federal (STF).

A Corte Máxima Brasileira, que será agora objeto de estudo e análise, é a mais alta instância do poder judiciário e concentra funções que se resultam desde julgar casos definitivamente, dando o veredito final, bem como as atribuições de um Tribunal Constitucional, que analisa conteúdos de constitucionalidade, independentemente de litígios reais.

Também conhecido como o guardião da Constituição Federal de 1988, o Supremo têm, sob o ponto de vista constitucional, a função de apreciar e resolver casos que envolvam lesões ou ameaças à Carta Magna.

No atual cenário, a Corte é constituída da seguinte maneira: o Presidente, o Plenário, que é formada pelos 11 ministros, e as Turmas, sendo duas de cinco membros.

O mandato dos seus ministros é vitalício, ou seja, não podem ser removidos do cargo - salvo aposentadoria voluntária ou compulsória aos 75 anos ou, ainda, condenação pelo Senado Federal por crimes de responsabilidade.

Importante frisar que as cortes diretamente subordinadas ao STF são o Superior Tribunal de Justiça, tratando-se do órgão mor da Justiça Comum e os Tribunais Superiores da Justiça Especial (Eleitoral, do Trabalho e o Militar).

Os onze Ministros que a compõem devem ser brasileiros natos (art. 12, § 3º, IV, da Constituição Federal/88)⁷, escolhidos dentre cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101 da Constituição Federal/88)⁸ e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal.

Cumprе ressaltar que tal assunto e suas respectivas consequências serão amplamente debatidos em momento oportuno.

Deve-se entender, por agora, que ao solucionar um conflito concreto ou até mesmo aduzir a Constitucionalidade ou não de uma lei ou ato, o Supremo Tribunal Federal pode abranger os efeitos daquela decisão para possíveis precedentes, não causando efeitos somente às partes daquele processo específico.

Nesse sentido, considerem-se os dizeres de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2012, p. 15-16):

Aos tribunais podem ser reconhecidas basicamente duas funções: (i) resolver controvérsias (“resolution of disputes”) e (ii) enriquecer o estoque de normas jurídicas (“enrichment of the supply of legal rules”). Em um sistema ideal de organização judiciária, pode-se dizer que os órgãos jurisdicionais ordinários devem cuidar da solução de controvérsias, sendo responsabilidade das Cortes Superiores o resguardo da uniformidade e a promoção do desenvolvimento do direito. Dentro dessa linha, é fácil perceber que o primeiro escopo responde à necessidade das partes de ver o seu caso bem apreciado em juízo. Do mesmo modo, é igualmente fácil notar que o segundo escopo não tem esse mesmo endereço, respondendo antes à necessidade de aderência das soluções jurídicas à cultura social –

⁷ Art. 12, 3º, IV, CF: São privativos de brasileiro nato os cargos: IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal;

⁸ Art. 101, CF: O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

interessando, portanto, mais à sociedade como um todo do que propriamente às partes do processo.

É sabido que após o golpe militar ocorrido em 1964, as prerrogativas constitucionais dos poderes Judiciário e Legislativo foram reduzidas drasticamente.

Com o restabelecimento da democracia e a promulgação da Constituição de 1988, ficou evidenciada a competência mestra do Supremo Tribunal Federal como sentinela da Constituição, que destinou-lhe seus artigos 101, 102 e 103.

Em outras palavras, a Corte Suprema teve o seu papel institucional estendido como nunca antes em seu passado, aumentando a sua importância e responsabilidade como órgão vinculante, ou seja, nunca fora tão significativo na história brasileira, fazendo-se crescer, desta forma, a cobrança e expectativa popular incidente sobre ele.

Nesse contexto, defende Luis Roberto Barroso (2002. p. 304):

O fortalecimento de uma corte constitucional, que tenha autoridade institucional e saiba utilizá-la na solução de conflitos entre os Poderes ou entre estes e a sociedade (com sensibilidade política, o que pode significar, conforme o caso, prudência ou ousadia), é a salvação da Constituição e o antídoto contra golpes de Estado.

Assim, a Constituição Social de 1988, ao amplificar bruscamente as atribuições do STF, principalmente as relacionadas ao controle de constitucionalidade, fortaleceu conjuntamente a sua importância e responsabilidade perante toda a sociedade civil.

Por amor ao debate, cumpre dizer que a legitimidade, diga-se mais, a colegialidade da Corte como um todo é indispensável no Supremo Tribunal, pois de uma forma ou de outra, não há instância superior que o limite, sendo sua palavra a final em quase todos os casos.

Neste sentido, cabe ressaltar que, por ser o órgão de instância máxima do Judiciário brasileiro, nele funciona um sistema híbrido, ou seja, é Corte Recursal e Tribunal Constitucional.

Na constante procura por uma maior efetividade processual, o Supremo Tribunal Federal ressurgiu de forma renovada no papel de Corte Constitucional, encarregando-se de guarda maior e intérprete definitivo da Constituição Federal, notadamente a datar da Emenda Constitucional 45/2004, onde

se passou a uma maior valorização de suas decisões, quer seja no controle concentrado ou difuso de constitucionalidade ou, ainda, na criação das conhecidas Súmulas Vinculantes, propiciando um cenário de maior segurança jurídica e de solidez institucional ao ordenamento jurídico brasileiro.

Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero aduzem em sua obra (2012, p. 19):

De um lado, a Constituição guarda os valores em que se funda a sociedade brasileira, constituindo a base axiológica de todo o ordenamento jurídico. Enuncia-os e coloca-os no plano jurídico, constituindo um sistema aberto de princípios, regras e postulados. De outro, à Constituição compete um papel unificador do direito no Estado Constitucional. É sua função outorgar unidade ao Direito. Ao Supremo, nessa quadra, outra tarefa não poderia restar que não contribuir para a unidade do Direito no Estado Constitucional Brasileiro, estabilizando-o e desenvolvendo-o unitariamente em seu cotidiano.

Contemporaneamente, a Corte Máxima Brasileira tem ainda um importante papel quando do exercício de suas funções. qual seja, ampliar o direito de acessibilidade às garantias constitucionais ao povo, deixando de ser um órgão desconhecido e reservado, ganhando cada vez mais espaço no colo da sociedade que representa, que o reconhece como ponte entre a dura realidade vivida e a utópica Constituição que está munida de direitos.

Cabe elencar que a intromissão em diversas áreas, seja na judicialização da política pelo ativismo judicial ou até mesmo analisando os crimes cometidos por membros do Legislativo e Executivo, se tornou primordial para a crença social no Poder Judiciário.

Tais pontos, contudo, serão debatidos em momento oportuno, onde será elencado, ainda, o hodierno e inegável caráter político presente na Corte, bem como as consequências lógicas e insensatas que são, de toda forma, despertadas.

Por fim, cabe reafirmar que a Corte Máxima brasileira deve sempre buscar, seja por ação – direta ou não – a efetividade dos direitos fundamentais e impedir a violação dos preceitos constitucionais, como forma de garantir ao Estado e à sociedade uma vida digna e justa, tal qual pautada na Carta Magna.

Não é por acaso que atualmente trata-se de um dos mais importantes Órgãos na seara nacional e, por mais polêmico que às vezes seja, tem seu devido espaço e importância no Texto Maior que deve ser respeitado.

3 O PRINCÍPIO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO NO ÂMBITO DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Sem margem para dúvidas, a Constituição de 1988 foi o marco zero e necessário de um recomeço da perspectiva histórica ao cenário sócio-jurídico brasileiro.

Desbravou-se, com sua promulgação e posteriores emendas, um caminho inicialmente utópico, porém com uma carga repleta de esperanças aos direitos fundamentais e humanitários.

O povo, na perspectiva de uma nação, protagonista e alvo de todo o processo redemocrático que porventura tenha ocorrido, já não era mais totalmente ignorado pelo alto escalão do Poder Estatal.

Longe disso, importantes aspectos como a organização social, melhor formação de juízos de valores, maior preocupação com o ser humano em si e a facilitação do acesso à informação fizeram com que se encaminhasse, cada vez mais, rumo aos efeitos e consequências de um verdadeiro Estado Republicano de Direito.

A Lei Maior, representada por todos os seus princípios, normas e postulados normativos nela contido, trouxe novas perspectivas a todos os demais ramos do mundo jurídico.

Assim, é totalmente possível afirmar que a efetividade Constitucional que se dissipou na mentalidade nacional é a base sobre a qual se desenvolveu, juridicamente falando, a nova interpretação da Carta Magna.

Melhor afirmando, a eficácia da normatividade nada mais é que a tênue ligação entre o início da maturidade institucional brasileira e a dependência social pelo surgimento dos direitos, fundamentais ou não.

O povo, que vinha há muito tempo sofrendo, fora acobertado por amparo e resguardo normativo.

Expor-se-á no presente capítulo, discussões sobre a força normativa da Constituição na concretização dos direitos fundamentais, principalmente no que tange às decisões do Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial nelas presente.

Trata-se, sem dúvida, de um debate global, mas a perspectiva e o enfoque aqui restringem-se à esfera brasileira.

Em 19 de abril de 2012, o ilustre Ministro Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto, ao aceitar e assumir a presidência do Supremo Tribunal Federal, pondera em seu discurso⁹, a essencialidade e excelência de uma Constituição no exercício regular da Democracia no cotidiano de um país:

Daqui já se vislumbra o que mais importa: esse diploma jurídico de nome Constituição provém diretamente da nação brasileira, única instância de poder que é anterior, exterior e superior ao próprio Estado. Por isso que, pela sua filha unigênita que é a Constituição mesma, a nação governa permanentemente quem governa transitoriamente. E o faz, aqui nesta Terra Brasilis, pelo modo mais intrinsecamente meritório; pelo modo mais cristalinamente legítimo, pois o fato é que a menina dos olhos da nossa Constituição é a democracia. Democracia que nos confere o status de país juridicamente civilizado. Primeiro-mundista, pois os focos estruturais de fragilidade do País não estão em nosso arcabouço normativo, mas no abismo que se rasga entre a excelência da Constituição de 1988 e sua concreta incidência sobre a nossa realidade sócio-econômica e política. Democracia, enfim, que se enlaça tão intimamente à liberdade de imprensa que romper esse cordão umbilical é matar as duas: a imprensa e a democracia.

A passagem supracitada evidencia e espelha a relevância de todo o aspecto democrático e social inerente ao Estado de Direito Brasileiro, seguindo por base um Documento Maior, a ser por todos respeitado, inclusive e principalmente pelos poderes de Estado, que reconhecem essa penosa e complexa missão.

Em outras palavras, as mais diversas Instituições e Poderes que fundam e estabelecem o Estado Brasileiro devem, na atribuição de suas funções, cooperarem na devida efetivação das mais variadas normas constitucionais, sempre a serviço da ideologia de avanço social e de construção de um país justo e digno, para que sejam e sirvam de exemplo e espelho ao demais.

Destarte, conforme brevemente mencionado, antes da promulgação da Constituição/88, os ditames constitucionais não tinham a efetividade necessária apta a convalidar um real Estado de Direito. Trata-se de fenômeno conhecido como “constitucionalismo de fachada”.

Atualmente, por outro lado, a abundância de normas sociais programáticas e garantias individuais contidas no Texto Maior faz com que, no âmago social, surjam maiores expectativas por direitos que há algum tempo eram esperados e almejados pelo povo. Tal expectativa, inclusive, é respaldada em um Documento sólido e legítimo, com força normativa.

⁹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoAyresBritto.pdf>>. Acessado em 17 de jul. de 2017.

Assim, a nova Constituição e o advento da Emenda Constitucional 45/2004 representariam aos brasileiros, vítimas da miséria, da exploração colonial, das limitações de direitos e da restrição de liberdades individuais providas do regime militar e inúmeros outros tormentos, a luz e fé necessárias a qualquer cidadão para se levar uma vida digna e condizente com os ditames do Texto Maior.

O Poder Judiciário – mormente ao Supremo Tribunal Federal, ao qual a Magna Carta atribui papel fundamental – passou a atuar em diversas áreas e questões que se fizeram essenciais ao povo, como uma forma, também, de garantir o melhor cumprimento do que pressupôs o Constituinte no cenário Constitucional ao Estado qual foi implantado.

Melhor reiterando, foram todos os novos procedimentos sociais, políticos e econômicos que transformam a estrutura social para o fim de motivar uma nova Constituição e, conseqüentemente, consagrado uma nova crença republicana e democrática ao Estado, que agora, repita-se, era revestido por um Texto Maior que, pelo menos normativamente, atendia às necessidades fundamentais de uma nação.

No atual momento que se vivencia no Brasil, após 29 anos da promulgação da Constituição Cidadã, verificou-se um constante processo de mudanças e melhorias no que diz respeito às questões de definição do papel institucional do Judiciário.

O momento é oportuno para consignar o fato da Carta norteadora ser demasiadamente prolixa e principiológica, o que acaba por forçar o Supremo Tribunal Federal e demais tribunais a decidir, sistematicamente, de forma mais ampla e abrangente, quando necessário.

Não se pode esquecer de mencionar a eclosão da real importância dos Tribunais no Brasil, em especial o STF, que ocorreu não apenas no sentido qualitativo, mas também porque iniciou-se manifestações sobre questões políticas centrais para a sociedade em geral, que há muito necessitava, redesenhando os próprios papéis e funções dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, sem alterar, porém, a competência Constitucional de tais poderes.

Tal fenômeno fora delineado por constitucionalistas como “judicialização da política” e será melhor analisado mais adiante.

Os deslindes da globalização e do neoliberalismo trouxeram à cultura jurídica em geral, um positivismo do Texto Maior apto a consagrar os impactos das decisões judiciais.

Tais alterações impor-se-iam como necessárias na ordem constitucional e no Judiciário, moldando-se, inclusive, à realidade contemporânea no cenário jurídico-social. Tudo em razão da conclusão lógica de ser insensato pensar-se em uma sociedade presa em ideologias e preceitos presentes, sem poder ter o conhecimento das implicações futuras de tais fatos.

Melhor afirmando, o ser humano é fruto de infinitas alterações ideológicas, sociais e políticas, devendo os Guardiões Constitucionais, ante a inércia legislativa, adaptar a situação normativa à verdadeira realidade fática, seja positivando-a, ou até mesmo, criando precedentes para tanto.

Por fim, cumpre enaltecer que o Judiciário como um todo é um dos mais importantes órgãos do Brasil e quanto a isso não há muito questionamento.

O que se buscará analisar, por sua vez, são os limites e consequências normativas jurídicas de sua atuação proativa na sociedade, uma vez que em decorrência desse fenômeno surgem implicações positivas ou negativas, repercussões aceitas ou questionadas e efeitos necessários ou abusivos.

3.1 O Ativismo Judicial Constante do STF: Sua Utilização e Aproveitamento

Antes de darmos ao presente estudo o seu devido aprofundamento no tema central, se faz mister o esclarecimento de que a temática a ser abordada não é pacífica entre os estudiosos.

Destarte, um dos enfoques a serem analisados na presente pesquisa será, também, o político-jurídico, que leva em consideração não somente elementos unicamente normativos, mas também o caráter social e analítico da elevada influência do Poder Judiciário perante os demais poderes e os seus reflexos na sociedade em geral.

É de se notar que ocorreu, vagarosamente, a transição da falta de eficácia dos direitos fundamentais antes presentes no país para uma excessiva e importante normatividade jurisdicional, uma vez que todas as matérias poderiam ser passíveis do efeito da “constitucionalização”, passando a ter devida efetividade normativa.

Luís Roberto Barroso (2005, s.p.), mestre e grande estudioso do assunto aqui abordado explica ocorreu a disseminação nas raízes jurisdicionais brasileiras:

Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais.

E não é só.

O Constitucionalista acima mencionado (2005, s.p.) completa seu raciocínio elencando os principais papéis da constitucionalização nos três Poderes existentes no Brasil:

Relativamente ao Legislativo, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.

Para aprofundamento no tema, precisa-se considerar que tanto a crise financeira, quanto a deficiência institucional do sistema político brasileiro, que perduram desde as últimas décadas, trouxeram os mais variados tipos de consequências ao país - a elevação do Judiciário, como sendo Poder pacificador, é uma delas.

A Constituição Federal de 1988, ao ser promulgada, trouxe a abrangência não inserida em textos Constitucionais anteriores e concede ao Poder Judiciário, indiscutivelmente, a força necessária para que se transforme em

verdadeiro poder público com capacidade de decidir e regular questões das mais diversas ordens, sendo entregue, principalmente, ao Supremo Tribunal Federal, o domínio dos mais diversos temas Constitucionais, quando provocado ou não, fazendo-se surgir variados fenômenos.

A já mencionada judicialização da política é uma clara consequência e exemplo disso.

Sendo o Estado garantista que é, a busca pelo cidadão em recorrer ao Poder Judiciário para ver garantidos seus direitos e garantias constitucionais, que estão elencados num vasto rol na Carta Magna, torna-se invariavelmente maior.

Assim sendo, aos serem provocados em questões importantes de larga escala, os juízes perquirem sobre o tema e atuam conforme seu entendimento, ou seja, não há como se esquivarem da pretensão interpretada da norma constitucional, tendo que vir, até por força dos princípios inerentes ao processo, como do contraditório, da ampla defesa, da motivação dos atos decisórios e da inafastabilidade da jurisdição, a decidir sobre a matéria.

É, também, o modelo analítico e o sistema de controle de constitucionalidade que acabam por influenciar, neste sentido, o fenômeno da judicialização, permitindo que as ações de largo alcance cheguem mais rapidamente até a Corte Suprema.

Válido, então, reafirmar que se trata de fenômeno que ocorre independentemente das vontades dos membros do Judiciário, ou seja, estes são provocados e precisam se manifestar.

O Ministro Barroso (2008, s.p) nos ajuda a entender tal acontecimento, definindo-o como:

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 famigerado ativismo judicial no Brasil, por sua vez, é um recurso relativamente recente em solo nacional e decorre da forte atuação do Poder Judiciário nas relações sociais, representando essencialmente a ampliação da

importância dos Magistrados como reguladores de políticas públicas e também como interventor de aspectos na vida privada dos indivíduos, ou seja, atuando como pacificador social dentro e fora do processo.

A interpretação, desta forma, decorre de uma análise antecipada e, portanto, proativa no que diz respeito à apreciação da Carta Magna. Tal mecanismo indica, quase que sempre, a demarcação existente entre o universo político (Poderes Executivo e Legislativo) e o mundo do direito propriamente dito (Poder Judiciário).

Ao transcender normativamente essa divisão imposta e ingressar num outro domínio que não lhe é próprio, o Juiz, um Tribunal ou o Judiciário, sujeita-se a certos riscos aptos a consubstanciarem diversas discussões sobre a legalidade, ou não, do mecanismo abordado.

Em diferentes palavras, o ativismo judicial demonstra a nova tendência que pode ser adjetivada como dinâmica e arrojada do Judiciário, que busca interpretar e aplicar a Constituição, de forma a propagar os sentidos e alcances dos fundamentos constitucionais, tais como, por exemplo, efetivar a declaração de inconstitucionalidade de leis, a aplicação direta da Constituição nos casos concretos e até mesmo com a demasiada interferência em diversas políticas públicas.

É de se ponderar, ainda, que os mecanismos aqui estudados estão intrinsecamente adstritos um ao outro, não devendo, apenas, serem confundidos.

Citando mais uma vez Barroso (2008, s.p.), doutrinador que perquiriu muito sobre o tema em sua vida, consigna-se que:

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

Fica evidente, assim, que o exercício do ativismo judicial está ligado a vontade, discricionariedade e subjetividade, sendo estes os principais elementos que permitem o diferenciá-lo da judicialização propriamente dita.

Ora, a constante inatividade dos Poderes Legislativo e Executivo, elegidos pelo o povo para o fim de defendê-los na Democracia Representativa na qual se vive, faz sem dúvida, com que as cortes superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal, tenham que decidir e preencher as diversas lacunas existentes.

Por sua vez, quanto aos problemas normativos que porventura surgiram, saliente-se que o próprio parâmetro tornou-se inadequado, pois há quem os defenda e, em *contrario sensu*, quem os condene.

Melhor dizendo, os favoráveis aos movimentos aqui discutidos encontram argumentos que refutam o diverso, e ao mesmo tempo, o inverso também acontece, ou seja, quem é contrário e condena tal postura ativa sempre defenderá argumentos que sustentem a sua respectiva tese legalista.

Assim, o ativismo e a judicialização viriam a ser, para seus defensores, um desmembramento do dever dos juízes de não só ler e interpretar a Constituição, mas também de dar a esta a devida efetividade normativa.

Mais que uma atitude proativa, trata-se de uma autonomia dos agentes judiciais em prol da cidadania, de modo que a Carta seja expandida em seu sentido e alcance máximo, colocando o intérprete como protagonista em face da inoperância dos outros poderes estatais.

Há, também, que se ponderar a falta de técnica e de conhecimento, jurídico ou não, dos legisladores brasileiros, que acabam por gerar elaborações legislativas ricas em falhas e incoerências.

Assim, remanesce ao Supremo e Tribunais inferiores a incumbência de corrigirem as discrepâncias encontradas por meio de suas decisões.

Contrapondo o exposto e exibindo por agora a tese legalista, há aqueles que defendem que o meio discutido é, em sua essência, antagônico à Constituição e até mesmo ao Direito como um todo, uma vez que a função típica do Poder Judiciário estaria sendo descaracterizada, com investidas insidiosas sobre a tripartição de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes do Estado (Legislativo e Executivo).

Em outras palavras, estes afirmam que as definições doutrinárias separatistas são calcadas nas funções típicas de uma jurisdição clássica e histórica da interpretação literal da Lei Maior e vão de encontro, diretamente, ao princípio constitucional da inércia.

O jurista Lênio Luiz Streck (2014, p. 621) é um dos grandes críticos dos movimentos e em uma de suas obras, comenta:

Um juiz ou tribunal prática ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando substitui o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional).

O posicionamento de Lênio sobre ativismo judicial demonstra que seu entendimento é calcado no elemento principal sendo a vontade, que é inerente a esta atividade.

Assim, entrelinhas, o autor aduz que o elemento da “vontade” significa arbitrariedade e tirania dos Magistrados, o que está em absoluto dissenso com a atual concepção de jurisdição constitucional, implicando em um judiciário que extrapola as suas funções.

Para os contrários ao caráter ativo do Judiciário, surgem ainda os questionamentos sobre, por exemplo, até que ponto tal atuação do Supremo é legítima ou até quando tal Corte poderia extrapolar sua colocação perante os demais poderes sob o fundamento de melhor solucionar as demandas e atender a própria Constituição.

Pois bem.

Uma possível superação do problema normativo dissertado e abordado é pensar em um equilíbrio entre os argumentos trazidos, no qual o Judiciário seria reconciliado com a ordem constitucional e com a democracia, reencontrado por teorias neoconstitucionalistas que prestigiam a força normativa da Constituição e uma possível efetivação dos compromissos constitucionais pelos Juízes e Tribunais, quando inertes os demais poderes.

Melhor dizendo, não é sábio e nem recomendado, entregar demasiado poder e autonomia nas mãos de um órgão do qual é formado o Estado, porém, na conjectura na qual se encontram os Poderes elencados constitucionalmente, torna-se necessária uma atuação proativa, requerendo somente o estabelecimento de um equilíbrio normativo para que não ocorra, em alguns casos, demasiados excessos.

A criação das súmulas vinculantes, que surgiram no Brasil com a Emenda Constitucional nº 45, popularmente conhecida como a “renovação do judiciário”, é algo também a ser considerado no presente estudo.

Tal instrumento, após incluído no ordenamento jurídico, possuía o caráter orientador e pacificador, sendo sua elaboração exclusividade do Supremo Tribunal Federal.

Tem-se, normativamente respaldando, o artigo 103-A¹⁰ da Constituição Federal de 1988, sendo totalmente evidente tratar-se de um importante instrumento jurídico, sob a ótica de considerar a atribuição de eficácia vinculante aos precedentes jurisprudenciais, em cada caso concreto, convalidando o princípio da segurança jurídica dentro do ordenamento.

Tais efeitos acabam por afastar o senso de mera orientação e atraem, ao caso concreto, o último entendimento da Corte, ou seja, aquele que afirma como o Supremo está se posicionando para que não haja, posteriormente, controvérsias nas demais Cortes e Tribunais.

Trata-se, então, de importante mecanismo à disposição do Poder Judiciário apto a, muito das vezes, pacificar debates polêmicos.

Até o presente momento, já foram editadas 55 Súmulas Vinculantes e estão entre as discussões, por exemplo, a prisão por dívida, cujo assunto fora amplamente discutido anteriormente à edição da referida súmula.

O Supremo Tribunal Federal analisou também a possibilidade, ou não, da prisão do depositário infiel. Curioso ponto sobre referido debate é que este envolveu discussões sobre direito internacional, pois sendo o Brasil signatário do Pacto San José da Costa Rica, o Tribunal se viu dividido em relação à hierarquia do tratado dentro do ordenamento jurídico.

Como referido pacto proíbe a prisão por dívidas, como consta expressamente em seu artigo 7, inciso 7¹¹, *in verbis*: “Ninguém deve ser detido por

¹⁰ Artigo 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

¹¹ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969) <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acessado em 24/08/2017

dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”, fora necessário rediscutir os casos previstos no Brasil neste sentido, editando, por fim, a Súmula Vinculante 25.

Outro caso emblemático diz respeito às restrições ao uso de algemas, ocasião em que a Corte Máxima anulou condenação proferida pelo Júri, em razão de o réu ter sido mantido algemado durante todo o julgamento sem qualquer necessidade, segundo o apurado, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana e da não culpabilidade.

Por repercussão de tal caso, fora editada a Súmula Vinculante 11, concluindo apenas ser lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso em questão ou de terceiros. Nos termos da Súmula, a excepcionalidade deve ser justificada por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, podendo ocorrer a responsabilidade civil do Estado.

Entre outros casos, por fim, podemos destacar a vedação do nepotismo (Súmula Vinculante 13); Proibição do Auxílio-Alimentação aos servidores inativos (Súmula Vinculante 55) e inúmeros outros em que o Supremo vai além de meramente se posicionar, mas cria um instituto vinculador.

Logo, ao editar uma Súmula Vinculante, que deve tratar de assuntos constitucionais e ter a aprovação de mais de dois terços de seus membros, a Corte Máxima pacifica determinado entendimento, sendo esta uma ação, frise-se, altamente proativa e constitucionalmente respaldada.

Eis o entendimento de Dinamarco (2000, p. 97), que defende o tema com base na segurança jurídica que proporciona:

Instrumentalidade do processo, no seu aspecto negativo, é uma tomada de consciência de que ele não é um fim em si mesmo e, portanto, as suas regras não têm o valor absoluto que sobrepuje as do direito substancial e a exigência de pacificação de conflitos e conflitantes [...] o endereçamento positivo do raciocínio instrumental conduz a idéia de efetividade do processo, entendida como capacidade de exaurir os objetivos que o legitimam no contexto jurídico-social e político.

Após todo o discutido, pode-se chegar à conclusão de que as atuações ativas dos Julgadores buscam, sobretudo, em conferir efetividade e celeridade aos

direitos constitucionalmente consagrados, principalmente nos caso de omissão dos poderes que detêm a função primeira de regulamentá-los.

Melhor afirmando, as insensatas omissões dos Poderes Legislativo e Executivo acabam por inspirar uma atuação mais agressiva e, diga-se, necessária do Poder Judiciário.

É nítido que, atualmente, os Poderes Legislativo e Executivo vivem uma enorme crise institucional e democrática, internacionalmente conhecida, e para tanto furtam-se, muitas vezes, das suas funções constitucionalmente consagradas.

A ganância para estar e se reafirmar nos cargos públicos se sobrepõe, quase que sempre, à verdadeira luta pelos direitos e garantias sociais ou até mesmo à celeridade nas discussões sobre os assuntos pertinentes à sociedade em geral.

Noutros termos, ambos os Poderes que são eleitos pelo povo, o real detentor do poder, estão abalroado por escândalos de corrupção, desvio de dinheiro público, estelionatos, fraudes e inúmeros outros crimes passíveis de todo tipo de repulsa social.

O problema é agravado ainda mais quando sopesado que a dita governabilidade é perniciosa e está ancorada em todos os níveis de gestão (municipais, estaduais e federais), alcunhada na mais antiga história e ressentida até o presente, sem data ou plano para um possível término.

A politicagem e os famigerados discursos enganosos e tendenciosos atingem e envenenam tantas mentes que o empenho de alguns é defender posições políticas de direita ou esquerda, partidos ou seus representantes, quando na verdade, a luta deveria se pautar sobre o caminho que se tem à frente, abalroado de dúvidas e incertezas, econômico e socialmente dizendo.

Como guardião da Constituição Federal, não seria prudente ou permitido ao Supremo Tribunal Federal deixar faltar o devido zelo às normas constitucionais, pois ao ser incumbido de proteger as mais variadas virtudes republicanas, o Poder Judiciário se reorienta no modo de atuação diante do regime governamental ao qual está exposto, contrariando lideranças não só políticas, mas também sociais.

Assim, torna-se claro que muitas decisões que as mais variadas Cortes proferem não agradam a muitos e são alvos de repercussão popular negativa, e até mesmo, de descrenças doutrinárias, mas é justamente assim que deve permanecer.

O Poder Judiciário não pode ser enclausurado por clamor ou posicionamentos públicos, por justamente estar adstrito à Lei e conhecê-la como ninguém. É o que parte da doutrina chama de “função contramajoritaria do poder judiciário”.

O cerne da questão paira, neste sentido, no pensamento de que o Judiciário deve ser visto como um Órgão, e não ser maculado pela conduta individual de seus membros (Juizes e Ministros).

Melhor ponderando, a personalidade ou modo de agir de um Ministro, ou um Juiz, quem quer que seja, por mais insensato ou antiético que possa parecer, não deve ser ponderado sob a ótica interina da Corte ou do Poder Judiciário, que merece ser respeitado por tudo o que fez, e ainda faz, por toda a sociedade brasileira.

É claro que haverá, em determinados casos, desvios comportamentais de um ou outro, que deverão, mais do que outro caso, serem punidos.

O último tópico que merece ser frisado e rediscutido é aquele que se refere aos riscos concernentes à judicialização e ao ativismo quando dizem respeito aos limites da capacidade institucional do Poder Judiciário.

Ao delegar-se aos magistrados um poder altamente criativo, sob a ótica dos fenômenos estudados, ao fundamento de aplicação da justiça constitucional, correm-se riscos altamente normativos, porém demasiadamente necessários.

A Constituição Federal, que está em constante mudança, inegavelmente, ainda que de forma indireta, ou seja, na forma como é interpretada ao passar dos anos, acaba por necessitar de maiores atenções para cumprir seu devido papel.

Voltando a mencionar um dos maiores juristas brasileiros contemporâneos, atualmente Membro do Supremo Tribunal Federal, Barroso (2008, s.p.) salienta e explica que:

Os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, atenuam-se na medida em que juizes e tribunais se atenam à aplicação da Constituição e das leis. Não atuam eles por vontade política própria mas como representantes indiretos da vontade popular. É certo que diante de cláusulas constitucionais abertas, vagas ou fluidas – como dignidade da pessoa humana, eficiência ou impacto ambiental –, o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo. Porém, havendo manifestação do legislador, existindo lei

válida votada pelo Congresso concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre matéria de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la. Ou seja: dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular.

Fato é que a política que se acomodou na democracia atualmente é totalmente carente de melhores representantes.

O Poder Legislativo, frise-se, mostra-se inerte para atender as expectativas da sociedade na forma célere e necessária.

Atuando quase que sempre de forma passiva, nosso Congresso e Senado são dominados pelo Poder Executivo, e vice-versa, seja por politicagem ou por quaisquer outras razões que se mostram inertes para resolver as principais demandas sociais existentes na maneira na qual deveriam.

A inclusão dos Tribunais no cenário político, obviamente, veio a calhar.

Resultou, diga-se, em alterações na implementação de políticas públicas e no ativismo judicial, fenômenos já discutidos, efetivando-se e aplicando de forma célere os direitos garantidos pelo ordenamento jurídico.

É válido reafirmar que deve sempre haver a devida cautela e equilíbrio para tanto, mas atualmente no cenário político-jurídico brasileiro é totalmente compreensível e necessário que ocorra tal intervenção.

Assim, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal, órgão por muitas vezes legiferante, não toma para si o papel de outros poderes por gosto ou por vontade própria.

Longe disso, age de forma ativa para suprir falhas de poderes eletivos enquanto estes se quedam inertes. Totalmente plausível, por fim, admitir que a Corte aja de tal forma, cumprindo o papel que lhe é atribuída constitucionalmente.

3.2 O Ativismo Judicial Com Enfoque Jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal

Após breve e sucinta introdução ao ativismo judicial, preponderando o enfoque na jurisprudência da Corte Máxima e os efeitos que estão sendo causados no cenário brasileiro, passaremos agora a análise de casos práticos e os efeitos que estes causaram na sociedade como um todo.

Conforme discutido, o ativismo judicial é adotado, muitas das vezes, com o preceito de conferir efetividade às normas constitucionais, precipuamente, em face da omissão dos demais Poderes e principalmente em virtude da matéria que abordam, ante à força normativa contida na Constituição.

Assim, para que melhor se possa auferir, a efetivação da tutela jurisdicional não pode se limitar a um Poder apenas.

Longe disso, a Carta Magna permite que a busca pela efetiva tutela jurisdicional se dê, com efeito, por uma mudança de mentalidade jurídica de todos que participam do processo, principalmente o Juiz.

Mais do que um simples aplicador, cada vez mais os Tribunais, em especial o Supremo, mostram-se não como instituição que apenas emprega a letra fria da lei no caso concreto.

Muito pelo contrário, praticam-se interpretações extensivas e abrangentes para que a real vontade constitucional seja imperativa na concretização de direitos, em sua vasta plenitude.

Nas palavras Luis Roberto (2008, s.p.):

Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.

Há, também, a necessidade de suprir as diversas omissões legislativas para que a real Justiça destaque-se do direito meramente positivado, que não raras vezes é injustamente aplicado.

Para uma melhor delimitação do tema, plausível afirmar que inegável a presença do ativismo judicial na atuação do Supremo Tribunal Federal.

Longe disso, é cada vez mais comum, em casos reais, a Corte utilizar-se do célere mecanismo que serve como pacificador social e da ordem pública.

Assim, entende-se que ao utilizar referida ferramenta, não o faz por abusos, arrogâncias e ditaduras de seu poder. Busca-se, na verdade, a ampla efetivação da Constituição Federal e seus preceitos, preservando a dignidade da pessoa humana e trazendo à realidade fática elementos consagrados até então apenas no plano teórico.

Pensando de um lado pragmático, a globalização, o acesso à informação e a constante mudança social em que se vive, trouxeram à tona diversos casos em que reclamavam uma solução, pois o ordenamento jurídico muitas das vezes nada previa, ou apenas não regulamentava.

Neste sentido, o que tem acontecido na realidade jurídica brasileira é que a Corte tem resolvido muitos desses importantes temas por meio do instituto abordado - ativismo judicial - prática incontestavelmente utilizada com frequência no arranjo institucional do referido Tribunal, sendo ainda por meio do suprimento das lacunas legislativas, da intromissão em políticas públicas necessárias, da mutação do texto constitucional ou, até mesmo, de técnicas interpretativas e decisórias que adaptam normas infraconstitucionais para que se amoldem à Constituição, expandindo os efeitos de suas decisões para que sejam *erga omnes*.

Dentre os principais casos em que o Supremo Tribunal Federal tenha se manifestado, é importante o destacamento de alguns, conforme se verá abaixo, não se desvalorizando em nenhum momento os outros, que são, deveras, de suma importância à sociedade como um todo. Buscou-se retratar, apenas, aqueles que mais foram divulgados pela mídia em geral.

3.2.1 Interrupção da gestação de fetos anencefálicos

No ano de 2012, o Supremo Tribunal Federal julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, ajuizada em 2004 pela CNTS - Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, que defendia, em suma, a antecipação do parto em fetos anencefálicos.

Surgiram, neste contexto, os mais variados tipos de discussões, tais como a dúvida do Brasil ser um Estado laico ou não, a devida separação entre Estado e Igreja ou o efetivo direito a vida do nascituro anencefálo em questão.

Para a maioria da Corte votante, não configurará mais aborto no caso dos anencéfalos porque não há vida em potencial e, por isso, não há crime, ou seja, não há objeto a ser tutelado.

Ao pronunciar-se para conceder o seu voto¹², o ministro Marcos Aurélio arguiu ser “uma das mais importantes questões a serem analisadas pelo Tribunal”, e ao final concluiu “Anencefalia e vida são termos antitéticos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida”.

Sem maiores delongas, a Corte chegou à conclusão de que se a gravidez for interrompida por conta de fetos anencéfalos ou ainda por conta de antecipação terapêutica, não irá se constituir o crime de aborto, tipificado nos artigos 124 e seguintes do Código Penal.

3.2.2 União homoafetiva

Com relação ao tema sobre a união homoafetiva, os ministros do Supremo Tribunal Federal julgaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, e de toda forma reconheceram ser totalmente possível e legal a união estável para casais do mesmo sexo.

Nas mais variadas argumentações, elencaram o artigo 3º, inciso IV¹³, da Constituição Federal, que veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nessa seara, ninguém poderia ser discriminado em razão de sua preferência sexual, contemporaneamente dizendo.

Os ministros Cezar Peluso, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio, e bem como as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, participaram da votação e concordaram com o posicionamento favorável do ministro Ayres Britto, concedendo a procedência das ações retro citadas, com efeito, inclusive, vinculante.

¹² Voto, na íntegra, do Ministro Marcos Aurélio, <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=42>> Acessado em 24/08/2017

¹³ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Cabe expor, data vênia, trechos de comentários do Ministros Marco Aurélio¹⁴, no julgamento das ações que regularam a temática da União Homoafetiva, que sustentou que o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção responsável e livre de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes. Alegou, ainda, ser a vida regulada pelo afeto existente entre eles, então não há dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite a união homoafetiva.

A Ministra e atual presidente Carmen Lúcia¹⁵, por sua vez, alegou que aqueles que fazem sua opção pela união homoafetiva não podem ser desiguados em seus direitos de cidadania. Aduziu, ainda, que ninguém pode ser de uma classe de cidadãos diferentes ou inferiores, porque fizeram a escolha afetiva e sexual diferente da maioria da sociedade.

Assim, por fim elencando, fora decidido que a interpretação do artigo 1.723¹⁶ do Código Civil deveria ser feita com base na Carta Magna de 1988, excluindo qualquer significado que impeça o reconhecimento da União entre pessoas do mesmo sexo com interesse em constituir entidade familiar, sob pena de ferir a própria Constituição e os ditames nela contidos.

3.2.3 Cotas raciais no ensino superior

Em junho de 2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime, concluiu o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 41, acabando por validar a Lei 12.990/2014, que reserva 20% das vagas em concursos públicos para negros.

O julgamento foi iniciado com o Ministro Relator Luís Roberto Barroso, que votou pela constitucionalidade da norma, considerando, entre muitos outros fundamentos, que a Lei em questão é motivada por um dever histórico e reparador

¹⁴ Comentários do Ministros Marco Aurélio, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178943>> acessado em 29 de setembro de 2017

¹⁵ Comentários da Ministra Cármen Lúcia, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178868>> acessado em 29 de agosto de 2017.

¹⁶ Art. 1.723 – Código Civil: É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

decorrente do movimento de escravidão e de um racismo estrutural existente e enraizado na sociedade brasileira, elencando como base o princípio da igualdade, bem como afirmou que a decisão está em plena sintonia com a jurisprudência do Supremo.

Por fim, ressaltou-se no julgamento que deve ser respeitada a autonomia dos entes federados, assim, a vinculação dos efeitos está adstrita a todos os órgãos dos Três Poderes da União, não se estendendo aos Estados, Distrito Federal e municípios.

3.3 A Força Normativa da Constituição Presente em Decisões da Corte Máxima

O avanço na ciência do Direito, no que diz respeito à aquisição de normatividade por parte das normas e princípios consagrados no Texto Constitucional é, sem dúvida, questão pertinente e necessária.

Os próprios traumas encontrados no núcleo constitucional do país após as guerras e regimes totalitários, fizeram com que se repensasse todo o Direito, de forma geral. Passaram-se, então, a criar teorias sobre a real força normativa de um Documento Maior, e como tal, será objeto de estudo e análise a seguir.

Antes, contudo, se faz mister um esclarecimento.

O caráter político é inquestionavelmente presente em uma Carta Magna desde a sua criação, insurgindo-se deste processo institucional que envolve a criação de uma Assembleia Constituinte até a sua efetiva positivação e possíveis desdobramentos. Certamente, ao ponderar a própria essência humana, chega-se a conclusão de que a estrutura política é inerente ao homem racional, com interesses próprios e que sempre procura por vantagem e formas de satisfazer suas ambições. Atribuir o caráter político ao Documento que o guiará não seria diferente, então.

Todavia, pondere-se que isso não afasta, mesmo que momentaneamente, a normatividade da Constituição atualmente.

Longe disso, após o processo Constituinte de 1988, a força normativa que integra a Carta Magna, na seara brasileira, se manifesta de forma intensa no processo de afirmação da Constituição como diploma jurídico supremo.

Segundo Canotilho (1993, p.451):

sugere, desde logo, que a garantia da força normativa da constituição não é tarefa fácil, mas se o direito constitucional é direito positivo, se a constituição vale como lei, então as regras e princípios constitucionais devem obter normatividade, regulando jurídica e efetivamente as relações da vida, dirigindo as condutas e dando segurança a expectativas de comportamentos.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, têm se incumbindo e, ao mesmo tempo, se responsabilizado por conceder decisões para a evolução da sociedade brasileira, e apesar das diversas discussões acerca da legitimidade de tais julgamentos, vale ressaltar, de antemão, que incumbe à nossa Corte guardar e zelar pela Carta Magna, ou seja, em todos os seus intrínsecos princípios, preceitos e mandamentos, sendo esta a principal fonte de equilíbrio democrático e de segurança jurídica, no que tange aos direitos e garantias fundamentais.

Assim, a Supremacia Constitucional é inerente ao sistema democrático brasileiro, que utiliza uma Constituição rígida como ponto central irradiador de todo o Direito, bem como os faz o Poder Judiciário em suas decisões, baseando-se nos mais variados princípios de direitos humanos, na moderna hermenêutica constitucional e no próprio Direito em si.

O próprio Supremo Tribunal Federal, embalado pela Constituição garantista que o rege, começa a rever seus posicionamentos e faz uma análise mais humanística da Carta Magna. Está, sem dúvida, adstrito à força normativa que aquela possui, mas possui como ferramenta a flexibilidade da interpretação do Texto Maior.

Frise-se, nesse sentido, que nada do discutido até então poderia ser possível se não fosse o desenvolvimento da teoria do Princípio da Força Normativa da Constituição, de Konrad Hesse, autor fundamental para embasamento do presente trabalho e que propiciou no mundo e no Brasil o aparecimento e propagação do ativismo judicial.

Tal teoria pode vir a ser entendida e apreciada pela alta necessidade de se atribuir a aplicação direta às normas constitucionais, independentemente de regulamentação legislativa ou necessidade de atuação do Poder Executivo, conforme explica Barroso (2005, s.p.):

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 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 de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada.

A reafirmação de que a Carta Máxima passa a ser concebida não mais como um mero Documento de interesses ou jogos de relações de poder, desprovida de efetividade e apenas projetando os rumos aos quais o legislador e administrador público deveriam seguir é totalmente válida e plausível.

Muito diferente do que isso, ela traz à tona a verdadeira força do Documento Maior como referencia constitucional em termos de aplicabilidade e imutabilidade.

Em sua obra, Konrad Hesse (1991, p. 11) aduz:

Se as normas constitucionais nada mais expressam que relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição constitui uma ciência jurídica na ausência do direito, não lhe restando outra função senão a de constatar e comentar os fatos criados pela Realpolitik.

Assim, devem os Poderes do Brasil, no exercício de suas funções, encontrar mecanismos para dar efetividade às pretensões Constitucionais, inclusive o membro de instância máxima do Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, que deve valer-se das normas contidas na Carta Magna, zelando sempre pelo bom senso de justiça.

Há de se notar que a teoria aqui discutida simboliza uma certa vinculação de suas normas e preceitos ao ativismo judicial, legitimando sua aplicação, abrindo espaço para o surgimento e desenvolvimento do referido movimento proativo na Suprema Corte.

A normatividade constitucional cederia sempre aos fatos, nas palavras de Hesse (1991, p. 15), e operaria a conversão da ciência constitucional em uma ciência do mundo do ser e não do dever ser, conforme trecho a seguir:

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas [...]. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas

e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas [...]. A “Constituição real” e a “Constituição Jurídica” se condicionam mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra.

Outro ponto importante de se destacar, também ensejador e preponderante ao normativismo, diz respeito à presença de princípios incorporados no Texto Constitucional, que em razão da generalidade com que foram apresentados pelo constituinte e posteriores emendas, permitem maior autonomia do magistrado quando de sua interpretação e aplicação, possibilitando, assim, maior desenvoltura das normas constitucionais e dos fenômenos já discutidos, quais sejam, a judicialização ou o ativismo judicial.

Em outras palavras, a existência dos mais variados direitos sociais no Texto Constitucional faz com que a elaboração e implementação de políticas públicas pelos Poderes Legislativo e Executivo sejam acentuadas.

Ressalte-se, contudo, que em face de eventuais omissões dos Poderes retro citados, caberá a todo Poder Judiciário fazê-lo, uma vez que a questão passou a receber tratamento normativo e, com isso, o cidadão que, porventura, sentir lesado seu direito Constitucionalmente consagrado, poderá sempre socorrer-se, de alguma forma, do judiciário.

Ou seja, para a melhor concretização da Constituição Federal, a Suprema Corte e demais Tribunais proferem decisões que, num primeiro momento, diga-se, parecem ultrapassar a sua função típica, conforme brevemente já elencado.

A atuação ativista do Judiciário, frise-se, é pautada na força normativa que possui a Constituição e também na omissão dos outros Poderes no cumprimento de seus respectivos papéis.

A intensa crise funcional e representativa do Poder Legislativo e Executivo obriga o Supremo Tribunal Federal a agir para suprir um vácuo, de modo a garantir uma concretização constitucional.

Outro fator importante de se considerar é a falta de qualidade na produção e promulgação de leis, que acaba por suscitar maior atuação da Corte Máxima quando provocada.

Cabe ponderar, ainda, que o Princípio da Força Normativa da Constituição será um atributo altamente eficaz quando houver lei infraconstitucional em contradição à própria Constituição, uma vez que a compatibilização

constitucional das normas nacionais se dá mediante análise do princípio da Supremacia da Lei Maior.

Por fim, cabe afirmar que tanto o acolhimento da teoria da Força Normativa da Constituição, quanto os institutos judiciais proativos fazem parte do rol de influências nas decisões de nossa Corte Constitucional, sendo importantes aliados do Supremo Tribunal Federal para que este mostre sua força e seu espaço no desenvolvimento de sua missão constitucional.

3.4 Desdobramentos do Caráter Sócio-Político Jurídico Presente no Supremo Tribunal Federal

Após todo o discutido, é oportuno transmitir a argumentação a um novo sentido. Sem maiores demagogias, o debate agora trará a tona os desdobramentos dos caracteres sociais e políticos na Corte Suprema brasileira.

Para início do tema, precisa-se ter em mente que preceitua o artigo 101 da Constituição Federal que para se tornar um Ministro do Supremo Tribunal Federal, deve-se ser brasileiro nato e, assim então, o Presidente da República indica um nome, que é sabatinado pelo Senado quanto aos critérios de notável saber jurídico e reputação ilibada e, ainda, o sujeito ter mais de 35 e menos de 65 anos. Aprovado pelo quórum de maioria absoluta, o indivíduo é escolhido e passa a ser membro da Corte.

O cargo em si possui mandato fixo, portanto vitalício, sendo estas as formas colocadas à disposição dos membros visando extinguir o mandato: a) aposentadoria compulsória, quando atingir os 75 (setenta e cinco anos de idade), b) caso renuncie, c) em *causa mortis* ou d) impeachment.

Ao que tudo indica, ao menos logicamente, parece que o Constituinte de 1988, ao entabular os referidos fundamentos para escolha dos Ministros, quis oferecer maior participação popular no processo de escolha, uma vez que o Presidente da República é quem os indica, e por sua vez o Senado Federal, que os aprova, seriam os verdadeiros legítimos representantes da nação, pois lá estão por votos eletivos do povo.

A discussão acerca da moralidade e legitimidade do processo de escolha e aprovação, todavia, inicia-se com a expansão de vários envolvimento de

membros do Legislativo e Executivo nos diversos escândalos que vieram acontecendo no país nos últimos tempos.

Surgem questionamentos, como por exemplo, ser democrático, ou melhor afirmando, sensato, que a escolha para o cargo que decidirá temas que afetam iminentemente interesses diretos da sociedade, tais como o aborto, a união de casais do mesmo sexo e muitos outros, recaia nas mãos apenas do Presidente da República.

Frise-se que os preceitos aqui discutidos não rebatem a legalidade da escolha, ou seja, aqueles estabelecidos em Lei, mas levam em consideração outros aspectos, como a harmonia social e a convicção ética transparecida ao povo.

Ora, é totalmente vero afirmar que a preocupação e a necessidade de assegurar a imparcialidade e legitimidade das decisões da Corte, guardiã dos preceitos constitucionais, é responsabilidade de toda a nação, que sofre os efeitos diretos e indiretos de tais consequências, ainda mais quando, por exemplo, o próprio Presidente, que indica, e o Senado, que aprova, possuem o afamado e discutível foro por prerrogativa de função, também conhecido como “foro privilegiado”¹⁷, ou seja, serão julgados pelos membros do Supremo.

Em um Estado Republicano de Direito que é o Brasil, como incansavelmente já discutido e afirmado, seria obviamente mais prudente e até mesmo necessário, discutir este modelo tradicional e obscuro de indicações ao cargo de Ministro ao Supremo.

Sugere-se, assim, como forma de amenizar a existência da influência política, que sejam criados requisitos menos duvidosos e mais objetivos para a escolha de candidatos que ocuparão a vaga de Ministro da mais alta Corte brasileira.

Poderia, inclusive, existir mecanismos que alterem e renovem constantemente a composição do Supremo, de modo a acompanhar a mutação constitucional da realidade jurídica, dadas as transformações sociais e econômicas que acontecem constantemente em solo nacional.

Expõe-se, como exemplo, a proibição de nomeações, por parte do Presidente da República, dos ocupantes de quaisquer cargos de confiança da esfera

¹⁷ Trata-se, a curto modo dizendo, do direito que algumas autoridades públicas (todos os níveis da federação) possuem e que garantem, por exemplo, que o Presidente da República, o Vice-Presidente, o Procurador-Geral da República, aos Ministros e aos Membros do Congresso Nacional possam ter um julgamento especial quando são alvos de processos penais, sendo competente o Supremo Tribunal Federal, tendo respaldo inclusive no artigo 102, b, da Constituição Federal.

governamental ou que tenham ligação político partidária com aquele que nomeia, como forma de amenizar o caráter político existente.

Pois bem. No que concerne aos requisitos objetivos e legais, pondere-se que a Constituição Federal deixa brechas no que diz respeito a “notável saber jurídico” e “reputação ilibada”, já que consistem em atributos bastante subjetivos e de complexa análise.

Alexandre de Moraes (2001. p. 325), Ministro da Corte Máxima atualmente, observa que:

Para garantia da atualização do pluralismo e da representatividade, em regra, deverá haver uma renovação regular dos membros do Tribunal ou Corte, que devem ter mandatos certos e não muito longos, de maneira que nem a designação da maioria coincida com o início do mandato do Chefe de Governo, nem que se perpetuem no cargo, impedindo, assim, que eventuais evoluções políticas e sociais, com reflexos imediatos na composição do Parlamento e na eleição do Chefe do Executivo, não sejam acompanhadas pela Justiça constitucional. Dessa forma, o ritmo de alterações, por meio de novas nomeações envolvendo os outros dois ramos do Governo (Legislativo e Executivo), permitirá assegurar que a evolução social da Corte, que não se mostrará alheia às novas exigências decorrentes da constante mutação da sociedade.

Tavares (2009, p. 6-9), complementa o raciocínio e afirma:

O recrutamento ou cooptação de nomes para compor o mais alto tribunal de um país [...] tem sido sempre objeto de grande discussão. Embora haja várias opções distintas e legítimas, do ponto de vista da preservação da capacidade técnica e imparcialidade dessas instituições, há formulas que nitidamente não atendem as salvaguardas mínimas. É o caso da formula brasileira [...] apesar de o modelo ter funcionado, em geral, de maneira adequada, há gravíssimas deficiências que deveriam ser evitadas como a possibilidade de mudança de grande parte da Corte em brevíssimo espaço de tempo, potencializando a mudança brusca da base jurídica (direito constitucional) do país. Também é um problema a escolha unipessoal, que beira o arbítrio, do Presidente da República, quanto aos nomes para compor o STF.

E assim, há de se ponderar e afirmar, sem qualquer tipo de dúvida, de que está presente nas indicações o efeito da “politização”, levando-se em conta laços fraternos de amizade, pressões ou favores políticos e até do próprio partido, tornando-se evidente este grave problema enfrentado quanto à indicação ao cargo de Ministro do STF.

Somente exemplificando a afirmação acima, no ano 2009, quando o ministro Carlos Alberto Menezes Direito faleceu, Dias Toffoli – que era advogado do

Partido dos Trabalhadores na campanha do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva – foi escolhido como ministro sucessor.

Alexandre de Moraes, atualmente Ministro da Suprema Corte por indicação do atual presidente da República Michel Temer, em sua tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da USP – Largo de São Francisco, no ano de 2000, defendeu que, para evitar o fenômeno de “demonstração de gratidão política”, na indicação ao cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal, fossem vedados os que exercem cargos de confiança durante o mandato do Presidente da República em exercício.

Ex-Ministro aposentado Joaquim Barbosa aduziu, durante uma tumultuosa sessão no plenário¹⁸, que Gilmar Mendes, Ministro atualmente, estaria “na mídia destruindo a credibilidade do Judiciário brasileiro”.

Gilmar, mato-grossense de Diamantino, é conhecido por ter um histórico de posições discutíveis e argumentações acaloradas, sendo alvo, quase que sempre, de várias críticas sociais e até mesmo de outros Magistrados, que se sentem atacados por suas declarações tendenciosas. Sempre que possível, indagam referido Ministro do Supremo sobre sua relação com políticos ligados a casos de corrupção.

Um aviso, contudo.

Deve-se ressaltar que os casos conturbados não permanecem somente na mais alta Corte do país.

Acontecimentos polêmicos estão em todos os níveis do Judiciário brasileiro e tal afirmativa ganha força quando se noticia, por exemplo, que a desembargadora Tânia Borges, recentemente, compareceu ao presídio em que estava seu filho, detido pela posse de quase cento e trinta quilos de maconha e munições de fuzil, e conseguiu que fosse liberado e encaminhado para tratamento em uma clínica no interior de São Paulo.

São, de toda forma, casos a serem sopesados de forma isolada, pois os raciocínios acima apresentados estão longe de apimentar desconfianças ou insinuar problemas desnecessários a todo Ordenamento Jurídico Brasileiro, que tanto contribui para a evolução social brasileira.

¹⁸ Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/gilmar-mendes-e-joaquim-barbosa-batem-boca-no-stf/>>. Acessado em 17 de out. de 2017.

Em outras palavras, a crise de incerteza hoje é tão grande que atrai, quase que sempre, o ceticismo ao povo brasileiro, que há tanto sofre com injustiças e com inseguranças, pois são, sem sombra de dúvidas, os Magistrados corruptos, de carreira ou não, que garantem sobrevida a políticos ladrões do dinheiro público, que disseminam a máfia dos advogados financiadores de *habeas corpus* e alvarás de soltura.

E a corrupção do judiciário inegavelmente é a mais insensata, inesperada e repugnante delas.

Dando continuidade ao tema, consigne-se que atualmente a Corte Máxima é formada pela Ministra Cármen Lúcia, que ocupa o cargo de Presidente, pelo Ministro Dias Toffoli, sendo este o Vice-Presidente, o Ministro Celso de Mello, decano, e pelos Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Após breve análise, percebe-se que na atual composição do Supremo Tribunal Federal, dentre os onze Ministros apenas dois são magistrados de carreira: Rosa Weber e Luiz Fux.

Assim, de todos os notáveis onze integrantes da Corte, pequena parcela possuiu uma vida na carreira de Magistrado, que se transcorreu desde a aprovação em concurso até a chegada a mais alta Corte nacional.

Os nove Ministros, então, não foram responsáveis por julgar casos de primeira instância.

Não possuíram ou mantiveram contato direto com o povo. Não se sentiram coagidos pela violência de expedir um mandado de prisão a um criminoso perigoso ou até mesmo trabalharam nas precárias condições das comarcas pequenas. Nunca, se quer, presidiram uma sessão do Tribunal do Júri.

Certamente pode-se afirmar que não visitaram a humilde residência de um acamado para propiciar-lhe a interdição e nem imaginam como é desgastante a visita periódica aos presídios.

Logo, convém pontuar o entendimento que se afigura mais pertinente ao debate, considerando-se que a atual composição da Corte limita-se a apenas dois integrantes de carreira, é dizer que aos ministros indicados a compor referido órgão remanesce conhecimento jurídico, mas, de outro lado, carecem da bagagem acumulada pela experiência propiciada pela carreira de magistrado.

4 CONCLUSÃO

Após ampla fundamentação e diante de todo o exposto, tentou-se demonstrar, de maneira lacônica, que o movimento constitucional denominado constitucionalismo atingiu seu ápice, pelo menos momentaneamente, sendo intitulado atualmente por alguns doutrinadores como neoconstitucionalismo trazendo consigo a ideia da Constituição como centro de um Estado Democrático de Direito, embasando as diversas singularidades no exercício do Poder Público e servindo como base dos Estados Soberanos.

Foi de grande valia considerar, também, que a abrangência dos direitos fundamentais hoje é fruto de variados acontecimentos e consequências históricas, percorrendo no Brasil uma série de Constituições que, de todo modo, ampararam a desenvoltura social até chegarmos à chamada Constituição Cidadã, de 1988, considerada um patamar ideal constituinte.

Em outras palavras, a mentalidade que se tem atualmente é, sem dúvida, fruto do amadurecimento de ideologias históricas que, de uma forma ou de outra, auxiliaram na projeção de cada vez mais direitos fundamentais aos cidadãos.

A Força Normativa da Constituição, tema e título do presente trabalho, sustenta a concepção de que os direitos fundamentais estão presentes na vida cotidiana do ser humano, tendo como guardião o Supremo Tribunal Federal, intentando-se pacificar, mitigar e solucionar qualquer que seja o tipo de problema que por ventura apareça, quer seja consolidando um assunto, concedendo seu entendimento ou até mesmo controlando a constitucionalidade de leis com o devido instrumento normativo.

O Poder Judiciário, representado pelo seu mais alto escalão, ao resguardar os referidos direitos, o faz com senso nobre de justiça e em prol da população que é, muitas vezes e sem a menor dúvida, carente dos mais variados tipos de cuidados.

Assim, verídica a constatação de que houve a expansão do Poder Judiciário em detrimento dos demais poderes e em prol do Estado Republicano de Direito, mesmo sem que houvesse qualquer tipo de intenção daquele. Melhor dizendo, diversos fatores contribuíram para que o Judiciário, como um todo, fosse responsável contemporaneamente por guardar, de forma expressiva, a Constituição.

Outro ponto que mereceu destaque diz respeito à crise institucional vivida atualmente.

Pode-se afirmar sem receio que para bancar os dispêndios salariais o governo não dispensa a hipótese de interromper a prestação de serviços básicos, seja na saúde, no lazer ou educação. Atualmente, a carga tributária nacional é uma das maiores do mundo, não condizendo com os serviços públicos prestados. É revoltante e repulsivo saber que um país como o Brasil é governado de forma tão leviana pelos ditos representantes.

O desequilíbrio dos Poderes no Brasil é demasiadamente grande, tendo o Supremo se convertido, algumas vezes, em órgão regulatório da crise política, não havendo problemática no país que lá não chegue, seja na esfera parlamentar, criminal ou eleitoral.

Assim, tentou-se demonstrar que muito mais que um órgão jurídico, o Supremo Tribunal Federal, mesmo polêmico, tem buscado fazer valer o ditame Constitucional consagrado em nosso território, seja por meio de decisões, aditando e criando súmulas ou, até mesmo, posicionando-se de alguma forma em algum assunto.

Pode-se concluir, então, que no Brasil paira o sistema de Montesquieu, separando os poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário. O poder Legislativo tem a função típica de legislar e fiscalizar; o Executivo, administrar a coisa pública; já o Judiciário, julgar, aplicando a lei a um caso concreto que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses.

O Supremo Tribunal e os demais membros do Poder Judiciário, por sua vez, se valem do sistema de freios e contrapesos, que significa conter os abusos dos outros poderes para manter certo equilíbrio.

Por exemplo, o Poder Judiciário, ao agir e declarar a inconstitucionalidade de uma Lei está freando e reprimindo um ato Legislativo que poderia conter uma arbitrariedade.

Não há hierarquia entre os poderes, que são harmônicos e independentes, mas tão somente diferentes funções, porém, como a crise institucional que paira sobre o solo nacional se alastrou de forma tão intensa, a postura, frise-se, ativa do Judiciário teve que se tornar mais ativa.

O caráter político presente no método eletivo dos Membros da Suprema Corte foi tema de discussão, também, durante o presente trabalho.

Buscou-se argumentar, em suma, a forma como os Ministros ocupam o cargo, enfatizando o fato de que há, inquestionavelmente, um caráter político por trás da indicação, tendo em vista que é feita pelo Presidente da República.

Por fim, perante todo o exposto no presente trabalho, espera-se ter alcançado a finalidade proposta, qual seja, realçar a importância da força normativa da Constituição no âmbito das decisões do Supremo Tribunal Federal, bem como elencar os pontos positivos e negativos da atuação proativa do Judiciário no seio social, com enfoque, quase que sempre, no Judiciário e em especial, na nossa Corte Máxima.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria.** Temas de direito processual, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo. Saraiva. 1ª Edição. 2009.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Ano 2008. <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso 19 de setembro de 2017.

_____. **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/revista/texto/7547>> Acesso em: 13 de março de 2017

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira.** 6ª ed. atual. p. 304. São Paulo: Renovar, 2002.

_____. **Temas de direito constitucional.** Ed. Renovar. Rio de Janeiro. 2001

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional.** Coimbra: Almedina. 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999.

_____. **Direito constitucional e Teoria da Constituição.** 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. **Direito Constitucional.** 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina,1993.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Princípios gerais de direito público.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 8º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo : M. Fontes. 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso ordinário**. 3.ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIGUEL, Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 1995.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. Ed. Coimbra: Coimbra editora. 1990.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: ensaios**. Apresentação, organização e tradução Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TAVARES, André Ramos. **As relações institucionais na avaliação de um constitucionalista**. Revista Jurídica Consulex, nº 304, p. 6-9, 2009.

VICENTE, Paulo. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2015.