



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JUCA ALMEIDA FORMIGLI SERRA

**A LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Salvador
2015

JUCA ALMEIDA FORMIGLI SERRA

**A LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Gabriel Marques.

Salvador
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

JUCA ALMEIDA FORMIGLI SERRA

A LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/2015

Para minha família.

AGRADECIMENTOS

A Maria do Carmo, José Wilson e Ana, pelo apoio e amor incondicional de sempre, sem o qual eu não teria forças para fazer esse trabalho.

A Vera Lúcia, pelas horas dedicadas a esse trabalho, mas, principalmente, por sempre me inspirar a pensar criticamente.

A Gabriel Marques, orientador deste trabalho, por estar sempre disponível para qualquer esclarecimento e por contribuir com sugestões valiosas.

À minha família e amigos, que entenderam o motivo da ausência constante nos últimos meses.

“Se as coisas são inatingíveis... ora! Não é motivo para não querê-las... Que tristes os caminhos, se não fora a presença distante das estrelas!”

Mário Quintana

RESUMO

Neste trabalho será analisado o papel dos juízes, mais especificamente dos ministros do Supremo Tribunal Federal, Tribunal Constitucional Brasileiro, diante do novo paradigma de interpretação e aplicação do Direito, inaugurado a partir da segunda metade do século passado, que passou a ser conhecido como neoconstitucionalismo. Esse fenômeno/movimento (neoconstitucionalismo) será descrito neste trabalho, através da análise de algumas características principais. A partir dessa perspectiva, será formulado um conceito para o ativismo judicial, assunto cada vez mais discutido no âmbito do Direito Constitucional Brasileiro, e como esse ativismo se manifesta no STF. Nesse ponto, será visto que a expressão "ativismo judicial", muitas vezes invocada pela doutrina e pela jurisprudência, carece de uma conceituação uniforme para que o tema possa ser discutido da melhor forma possível. Posteriormente, será discutido se uma postura mais ativa do Supremo Tribunal Federal se legitima no Estado Democrático de Direito, na busca da melhor efetivação possível do texto da Constituição Federal de 1988. Essa possível legitimação será verificada através de três pontos de vista, quais sejam: constitucional, democrático e social. Aqui será analisada a relação do ativismo judicial com o princípio da separação de poderes, e a ponderação de interesses que deve existir diante de um eventual conflito entre estes; a legitimidade de decisões contramajoritárias ante o conflito entre Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal; e a necessidade, latente no Estado Brasileiro, de concretização dos direitos fundamentais, na busca da diminuição das desigualdades sociais. Por fim, serão traçados alguns limites a uma possível atuação ativista do Tribunal Constitucional Brasileiro.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo; Ativismo Judicial; Judicialização da Política; Direitos Fundamentais; Reserva do Possível.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
art.	artigo
CF/88	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
CP	Código Penal
HC	<i>Habeas Corpus</i>
MI	Mandado de Injunção
MP	Ministério Público
PEC	Projeto de Emenda à Constituição
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 NEOCONSTITUCIONALISMO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	12
2.1 HISTÓRICO DE FORMAÇÃO	12
2.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO NEOCONSTITUCIONALISMO	14
2.2.1 Reaproximação entre direito e moral	14
2.2.2 Supremacia da Constituição	16
2.2.3 Fortalecimento da jurisdição constitucional	20
2.2.4 Judicialização da política	22
3 ATIVISMO JUDICIAL	27
3.1 CONCEITO	27
3.2 ATIVISMO JUDICIAL X DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL	28
3.3 ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	30
3.3.1 O protagonismo do STF pós-1988	30
3.3.2 Decisões ativistas do Supremo Tribunal Federal	31
3.3.2.1 Uso de algemas	32
3.3.2.2 Aborto de feto anencéfalo	33
3.3.2.3 Judicialização da saúde	34
3.3.2.4 Greve dos servidores públicos	36
3.3.2.5 Creches e pré-escolas	38
4 A LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL DO STF	40
4.1 LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL	40
4.2 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA	46
4.2.1 Projeto de Emenda à Constituição (PEC) 33	50
4.3 LEGITIMIDADE SOCIAL	52
5 LIMITES À ATUAÇÃO ATIVISTA DO STF	55
5.1 RESTRIÇÃO A SITUAÇÕES QUE ENVOLVAM DIREITOS OU GARANTIAS FUNDAMENTAIS	56
5.2 RESERVA DO POSSÍVEL	60
6 CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	69

1 INTRODUÇÃO

A partir da segunda metade do século XX, mais precisamente após a Segunda Guerra Mundial, o direito passa por muitas transformações. As transformações acontecem em torno do que se passou a chamar de Constitucionalismo Dirigente, que encharcou as constituições modernas de direitos e garantias fundamentais, tornando-as excessivamente programáticas. Somado a isso, o Poder Judiciário ganha grande destaque e autonomia na concretização desses direitos e garantias fundamentais constitucionalmente positivados. Se, no passado, imperava o Positivismo Exegético, no qual o juiz representava mero instrumento pelo qual a lei se aplicava (“boca da lei”), agora, com a valorização dos princípios jurídicos e com a consolidação da força normativa da Constituição, os magistrados assumem um papel criativo de construção do direito e transformação da realidade social.

O Brasil não se manteve afastado dessa realidade. A Constituição Federal de 1988 é exemplo forte de Constituição dirigente e programática, extremamente garantista. Só que o Texto Magno não se aplica por si só, não tem o poder de automaticamente interferir na vida dos brasileiros. É necessária uma atuação conjunta dos três poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) para a concretização dos dizeres constitucionais, para que a Lei Maior não se transforme em mero pedaço de papel, como dizia Ferdinand Lassalle¹.

Entretanto, os Poderes Legislativo e Executivo passam no Brasil por uma profunda crise de representatividade. A população desenvolveu grande aversão aos dois poderes políticos do Estado Brasileiro, muitas das vezes justificadamente. A ineficiência desses dois poderes, ressalvadas as exceções que só fazem confirmar a regra, reduz a esperança de vermos se concretizar um verdadeiro Estado Democrático de Direito e reforça os argumentos daqueles que defendem um Judiciário mais atuante.

Soma-se a isso o fato de o Supremo Tribunal Federal (STF), no Brasil, a partir de 1988, ganhar um destaque enorme no cenário nacional, transformando-se em verdadeiro Tribunal Constitucional, responsável por ser o “guardião da Constituição”.

Nesse contexto, o Poder Judiciário, e especialmente o Supremo Tribunal Federal, assume um papel mais proativo e direto na defesa e concretização da Constituição,

¹ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

inclusive interferindo nas competências do Executivo e do Legislativo, inaugurando um fenômeno que passou a ser chamado de Ativismo Judicial.

Entretanto, a essa atuação judicial do STF são feitas inúmeras críticas, das quais podemos destacar o desrespeito à separação de poderes e a ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário para atuar de forma tão ativa. Identificar quais são os malefícios e os benefícios do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal é essencial para concluir se ele se justifica ou não no Estado Democrático de Direito Brasileiro.

O objetivo central desse trabalho é identificar se o Supremo Tribunal Federal tem legitimidade para assumir uma postura mais ativista no cenário do Estado Democrático de Direito Brasileiro. Além desse, outros objetivos acessórios podem ser identificados, como o de contribuir para a conceituação do ativismo judicial, que é visto pela doutrina das mais variadas formas, além da formulação de limites a uma possível atuação ativista do Supremo Tribunal Federal, eis que nenhum poder pode ser tido como absoluto hodiernamente.

Para alcançar os objetivos, este trabalho será dividido da forma descrita a seguir. No primeiro capítulo teórico, será traçado um panorama geral do neoconstitucionalismo e da formação do Estado Democrático de Direito, sendo descritas as características desse movimento que guardam alguma relação com o ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. No capítulo seguinte, o ativismo judicial será abordado de forma direta, através da sua conceituação e de sua manifestação no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Aqui será demonstrado como o STF ganhou protagonismo pós-1988, bem como serão dados exemplos de decisões ativistas desse tribunal. No terceiro capítulo teórico, a questão central do trabalho será enfrentada, qual seja a existência de legitimidade do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. A legitimidade será analisada sob três perspectivas: Legitimidade constitucional, em que será analisado o conflito entre ativismo judicial e separação de poderes; Legitimidade democrática, em que será trabalhada a questão da ausência de representação popular dos membros do Poder Judiciário, em especial dos ministros do STF, na medida em que não são eleitos diretamente pelo povo; e Legitimidade social, em que o ativismo judicial será analisado de forma menos técnica, como, pura e simplesmente, uma necessidade na realidade social brasileira. Dentro do tópico destinado à legitimidade democrática do ativismo judicial do Supremo será

feita uma análise acerca da Proposta de Emenda à Constituição 33/2011, que tramita, atualmente, no Congresso Nacional, e como esse projeto, se aprovado, pode representar uma resposta da Casa Legislativa brasileira ao ativismo judicial do STF. No capítulo anterior à conclusão, serão traçados limites ao exercício do ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal. Esses limites, que constituem os tópicos do capítulo são: correspondência da atuação ativista com a concretização de algum direito ou garantia fundamental; argumento da reserva do possível.

Vale ressaltar que a metodologia aqui empregada será a revisão bibliográfica da doutrina, especialmente a nacional, e da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, acrescidas de algumas conclusões lógicas. Este trabalho tem por finalidade incandescer o debate acerca do ativismo judicial e da atuação do Supremo Tribunal Federal no Brasil, analisando a atuação do STF sob uma perspectiva, representando um ponto de partida para discussões doutrinárias, sem nenhuma pretensão de encerrar o assunto ou tratar de todos os aspectos relacionados ao tema.

2. NEOCONSTITUCIONALISMO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 HISTÓRICO DE FORMAÇÃO

Antes de adentrar no cerne deste trabalho, qual seja o ativismo judicial, especialmente no âmbito no Supremo Tribunal Federal, é preciso contextualizar historicamente o objeto de estudo, eis que a conjuntura jurídico-hermenêutica mundial atual influencia drasticamente na forma de exercício da jurisdição constitucional pelo STF nos dias atuais.

Como já observado, o enfoque desta pesquisa é a atuação ativista do Supremo Tribunal Federal no período que sucedeu a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Sendo assim, cumpre destacar que o Brasil, com a edição da Carta Constitucional citada, se inseriu em um modelo mundial de interpretação e aplicação do Direito, que se desenvolveu a partir da segunda metade do século XX em várias partes do mundo, o qual se convencionou chamar de neoconstitucionalismo ou pós-positivismo jurídico.

As expressões neoconstitucionalismo e pós-positivismo jurídico recebem inúmeras críticas de estudiosos do Direito, que não visualizam tantas transformações na hermenêutica jurídica durante a segunda metade do século XX. Não haverá, neste trabalho, aprofundamento destas críticas, eis que o objetivo dessa abordagem é somente traçar um panorama fático mundial sob o qual o núcleo da pesquisa se insere, não objetivando concluir acerca de celeumas doutrinárias mais específicas entre as correntes hermenêuticas do Direito. Entretanto, é razoável que sejam feitas algumas considerações sobre o tema.

Humberto Ávila observa que, no Brasil, não houve uma grande transformação no direito com a edição da Constituição Federal de 1988, capaz de indicar que vivemos a fase do neoconstitucionalismo. Para ele, não é correto dizer que a nossa Constituição é principiológica, na medida em que nela estão presentes regras e princípios, inclusive com um número maior de regras do que de princípios, razão pela qual também não é possível dizer que a técnica da ponderação (típica para a aplicação dos princípios) se sobrepôs sobre a subsunção (técnica utilizada para aplicação das regras). Além disso, o referido autor destaca que não se pode sustentar que a justiça particular deve prevalecer sobre a justiça geral, porque as regras gerais desempenham funções importantes em uma sociedade complexa e

plural, quais sejam, estabilizar conflitos morais e reduzir a incerteza e a arbitrariedade decorrentes da inexistência ou descon siderações destas. Por fim, Humberto Ávila destaca que não é possível defender que o Poder Judiciário deve preponderar sobre o Poder Legislativo, pois é através desse último que, em um mundo complexo e plural, se consegue respeitar e levar em consideração a pluralidade de concepções e valores.²

No mesmo sentido, Dimitri Dimoulis, também negando as inovações do século XX no campo do direito, acredita que o fenômeno conhecido como neoconstitucionalismo não possui um significado próprio e original. Este movimento, para ele, pode ser confundido com o próprio constitucionalismo, na medida em que representa a necessidade de se levar a sério a normatividade da Constituição, que já é uma realidade em todo o mundo desde o século XIX; ou confundido com o moralismo jurídico, movimento que busca a conformidade do direito com a moral. Em qualquer das hipóteses faltaria autenticidade ao neoconstitucionalismo.³

A despeito das críticas dispensadas ao fenômeno, cumpre destacar que o neoconstitucionalismo é tradicionalmente reconhecido como o movimento que se inaugurou na segunda metade do século XX, influenciado pela derrocada dos regimes nazista e fascista na Europa, edificado sob a atuação dos novos Tribunais Constitucionais europeus, em que os princípios são elevados à categoria de norma jurídica, dando maior abertura à aplicação do Direito, que sempre deverá estar em conformidade com a Constituição, novo referencial hierárquico e interpretativo do ordenamento jurídico.

Esse movimento também é marcado pela utilização de Constituições rígidas, encharcadas de direitos e garantias fundamentais, revelando a missão ambiciosa de diminuir as desigualdades sociais de cada Estado. Com isso, a jurisdição constitucional passa a representar poderoso instrumento de transformação social e o Poder Judiciário ganha grande destaque frente aos outros poderes, eis que será o responsável por, quando provocado, fazer se cumprir a Constituição, interferindo

² ÁVILA, Humberto. “**Neoconstitucionalismo**”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2015.

³ DIMOULIS, Dimitri. **Anotações sobre o “neoconstitucionalismo” (e sua crítica)**. Disponível: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2856/WP17.pdf?sequence=1>. Acesso em: 4 jun. 2015.

muitas vezes, para tanto, no regime de competências dos outros dois poderes e inaugurando o que se passou chamar de Ativismo Judicial.

O Neoconstitucionalismo inaugurou um novo modelo de Estado, conhecido como Estado Democrático de Direito.

Sobre o tema, discorre André Puccinelli Júnior:

O neoconstitucionalismo, também chamado de constitucionalismo moderno ou pós-positivismo, nasceu assim com a missão de edificar um Estado Constitucional de Direito ou, para alguns, um Estado Social e Democrático de Direito, que seja tributário da justiça distributiva e favoreça a positivação e concretização de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, contemple o modelo normativo axiológico, absorva uma nova postura hermenêutica voltada à legitimação das aspirações sociais e reconheça a força normativa da Constituição, dando vazão à supremacia, imperatividade e efetividade de suas normas.⁴

O Texto Constitucional brasileiro de 1988 é um demonstrativo claro do constitucionalismo dirigente que vivenciamos desde a segunda metade do século passado. Os direitos e garantias fundamentais, pelo menos a maioria deles, estão positivados em uma Constituição bastante analítica, extensa e garantista. Os princípios também se fazem presentes no Texto, e, em uma nova realidade de força normativa destes e da própria Constituição, ganham importância as discussões acerca da aplicabilidade direta e imediata deles.

Constatado que a Constituição da República de 1988 se encaixa no contexto mundial do neoconstitucionalismo e que a atuação ativista do Supremo Tribunal Federal analisada neste estudo terá como referencial a CF/88, torna-se importante tratar de forma mais específica das principais características do neoconstitucionalismo.

2.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

2.2.1 Reaproximação entre direito e moral

O movimento neoconstitucionalista trouxe de novo para a Hermenêutica Jurídica a atribuição de caráter normativo aos princípios jurídicos, bem como a inserção desses princípios no texto constitucional. A estrutura normativa passa a abarcar,

⁴ PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.27.

portanto, regras e princípios, não havendo hierarquia estabelecida entre as normas. Os princípios, diferentemente das regras, possuem natureza aberta, sendo capazes de englobar um número maior de situações.

Sobre o assunto, Ricardo Maurício Freire destaca que a natureza principiológica da Constituição traduz a superação da ideia positivista de separação entre Direito e Moral, já que os princípios representam pautas axiológicas de conteúdo indubitavelmente moral.⁵

Thiago Magalhães Pires, no mesmo sentido, discorre sobre o pós-positivismo jurídico e o reencontro do Direito e da Moral. Para ele, o positivismo jurídico clássico não é mais suficiente para lidar com o Direito, tal como se apresenta nos dias de hoje. As teorias positivistas defendiam que a validade do Direito seria meramente formal, através do reconhecimento de competência normativa ou através da eficácia social da norma, cabendo ao intérprete somente revelar o sentido contido na norma (subsunção). Essas teorias não são compatíveis com o modelo de Estado Democrático de Direito atual. Para o autor, as experiências totalitárias do século XX revelaram a necessidade de retomada do compromisso com a validade substantiva do direito, deixado de lado desde a superação do pensamento jusnaturalista, na medida em que a simples validade formal, capaz de fazer com que o Direito assumisse qualquer conteúdo, não prosperou. Diante dessa perspectiva, o reingresso dos valores no Direito ocorreu através dos princípios, que foram inseridos nas Constituições e adquiriram eficácia normativa.⁶

A força normativa dos princípios pode ser traduzida como a possibilidade de aplicação imediata destes aos casos concretos, diferentemente de perspectiva mais antiga, sob a qual os princípios representavam meros parâmetros interpretativos das normas-regras.

Essa mudança paradigmática conferiu ao magistrado aplicador do direito a tarefa de, diante do caso que lhe é proposto, determinar qual princípio será aplicado, tendo como principal referencial nesta interpretação, como será visto a seguir, a

⁵ FREIRE, Ricardo Maurício. **Direito, Justiça e Princípios Constitucionais**. Salvador: JUSPODIVM, 2008, p. 79.

⁶ PIRES, Thiago Magalhães. **Pós-positivismo sem trauma: O Possível e o Indesejável no Reencontro do Direito com a Moral**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JUSPODIVM, 2011, p. 31-32.

Constituição Federal. Isso ocorre porque dois ou mais princípios, diferentemente das regras, podem representar soluções antagonicamente válidas dentro de um ordenamento jurídico, exigindo do juiz mais do que simples subsunção ou aplicação mecânica da solução cabível. Convencionou-se chamar essa técnica de interpretação de ponderação de interesses, em alusão à teoria de Robert Alexy.

Então, resta claro que ao magistrado, no Estado Democrático de Direito, diante da indubitável reaproximação entre Direito e Moral, é conferido um papel criativo na interpretação/aplicação do Direito, na medida em que ele deixou de ser um mero aplicador do direito (juiz “boca da lei”), assumindo papel criativo na solução dos conflitos.

Essa criatividade em momento algum pode se confundir com discricionariedade. Podemos dizer, sim, que a aplicação do Direito se tornou mais aberta com a utilização direta dos princípios jurídicos e da própria Constituição, mas essa abertura não é ilimitada. Um magistrado não pode se utilizar de convicções próprias ou sentimentos pessoais na hora de julgar, por exemplo. A abertura de que tratamos é uma abertura constitucional. Em outros termos: os juízes ganharam um maior espaço de interpretação, mas a interpretação escolhida deve ser a que esteja em melhor conformidade com o texto constitucional. Estamos diante da era da Supremacia da Constituição.

2.2.2 Supremacia da Constituição

Talvez a grande revolução trazida pelo Neoconstitucionalismo esteja relacionada com o novo status que as Constituições Nacionais ganharam no Estado Democrático de Direito. Se antes a Constituição representava mera carta de intenções políticas, linhas gerais que norteavam a formulação de políticas públicas, esta se transformou, no século XX, efetivamente, em norma jurídica, aplicável diretamente pelo Poder Judiciário, quando provocado.

José Afonso da Silva acredita que a supremacia da Constituição - que decorre da rigidez constitucional, ou seja, da maior dificuldade para alteração do texto constitucional do que do que para a alteração das demais leis do ordenamento jurídico - “significa que a Constituição se coloca no vértice do ordenamento jurídico

do país”, sendo, portanto, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontra a estrutura deste, a organização dos seus órgãos e as normas fundamentais do Estado.⁷

Sobre o novo status adquirido pelas Constituições no neoconstitucionalismo indica Rosangela Rodrigues Dias de Lacerda que, especialmente após o final da Segunda Guerra Mundial, as Constituições, que antes representavam, tão somente, textos nos quais eram estabelecidos os procedimentos que asseguravam a formação democrática da opinião e da vontade, tornaram-se textos dispostos a garantir valores, impondo uma pauta axiológica a ser seguida por todos os poderes constituídos e pela sociedade civil.⁸

Mais que isso, a Constituição passou a representar a norma mais importante do ordenamento jurídico de um Estado, superior a todas as demais. A Constituição, hoje, representa o parâmetro do controle de validade das leis e atos normativos, na medida em que estes devem sempre estar em conformidade com aquela, sob pena de serem declarados inconstitucionais, perdendo validade e eficácia jurídica.

Entretanto, essa concepção não é nova. Desde o início do século XIX, nos Estados Unidos, a Supremacia da Constituição vem sendo defendida pela Suprema Corte norte americana. O caso judicial emblemático, utilizado quando se deseja defender a Supremacia da Constituição ou o próprio Controle de Constitucionalidade das leis e atos normativos, é o caso *Marbury vs. Madison*, julgado pela Suprema Corte em 1803. Naquela ocasião, Wilian Marbury ingressou com ação judicial na Suprema Corte para que esta reconhecesse seu direito a um cargo, para o qual foi nomeado durante o exercício do mandato do Presidente da República antecessor. Sem entrar no mérito do caso, *Marbury vs. Madison* representou importante jurisprudência para o controle de constitucionalidade, sendo o voto do juiz John Marshall lembrado até os dias atuais. Sobre esse voto, melhor comentário é o de Luis Roberto Barroso:

Ao expor suas razões, Marshall enunciou os três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade. Em primeiro lugar, a *supremacia da Constituição*: “Todos aqueles que elaboraram Constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação”. Em segundo lugar, e como consequência natural da primeira estabelecida,

⁷ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 45.

⁸ DE LACERDA, Rosangela Rodrigues Dias. **Parâmetros para Controle Judicial de Políticas Públicas**. In: Revista Baiana de Direito n. 6. Salvador: 2012 , p. 197.

afirmou a *nulidade da lei que contrarie a Constituição*: “Um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo”. E, por fim, o ponto mais controvertido da sua decisão, ao afirmar que *é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição*: “É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à constituição a corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese. E se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do legislativo, a constituição, e não o ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos se aplicam”.⁹

A decisão da Suprema Corte norte americana contribui para a disseminação da ideia de que em um Estado Democrático de Direito a Constituição deve ser visualizada como a principal fonte normativa, chegando a ser o fundamento legal de todo o ordenamento jurídico. Sobre a chamada supremacia da Constituição, também discorre Dirley da Cunha Júnior:

Enfim, todas as normas jurídicas caracterizam-se por serem imperativas. Todavia, na hipótese particular das normas constitucionais, a imperatividade assume uma feição peculiar, qual seja, a da sua supremacia em face às demais normas do sistema jurídico. Assim, a Constituição, além de imperativa como toda norma jurídica, é **particularmente suprema**, ostentando posição de proeminência em relação às demais normas, que a ela deverão se conformar.¹⁰

A Constituição, além de passar a ser o referencial hermenêutico interpretativo do Estado Democrático de Direito, adquiriu força normativa com o neoconstitucionalismo, ganhando imperatividade e vinculando toda a sociedade à sua observância. Porém, em face da ambição da Constituição Federal de 1988, que traz em seu texto um grandioso rol de direitos humanos, nem todas as normas constitucionais conseguem ter aplicabilidade imediata, especialmente em um país de modernização tardia e marcado por profundas desigualdades sociais como o Brasil.

A Constituição Federal de 1988 é utópica. Mas não deveria ser diferente. Se trouxesse, em seus artigos, somente metas e objetivos facilmente atingíveis, não estaria cumprindo com o seu papel protagonista, central e ambicioso no Estado Democrático de Direito.

Isso não significa que a sociedade brasileira deva se acomodar com a impossibilidade de concretização imediata de todos os direitos e garantias constitucionalmente positivados. Deve-se sim, buscá-los, enfrentá-los. Nessa

⁹ BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 8.

¹⁰ DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de Constitucionalidade**: Teoria e Prática. 7. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JUSPODIVM, 2014, p. 32.

perspectiva, é conferido aos três poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) a tarefa homérica de dar aplicabilidade às normas garantistas constitucionais, no objetivo maior de diminuir/acabar com as desigualdades e promover a justiça social.

É evidente que Constituição Federal não se aplica por si só. Ou seja, para que o texto constitucional não se transforme em um texto meramente simbólico é necessária a união de toda a sociedade brasileira, principalmente dos Poderes do Estado. Nesse sentido é o posicionamento de Miguel Calmon Dantas, para quem a Constituição Federal de 1988 é dirigente, mas essa característica pode não representar nada se as direções e programas constitucionalmente previstos não se traduzirem em realidade.¹¹

Um exemplo que salta aos olhos é o do salário mínimo brasileiro. Segundo o art. 7º, IV da Constituição Federal¹², o valor do salário mínimo deveria ser suficiente para atender às necessidades básicas do brasileiro e de sua família, como moradia, saúde, educação, lazer e vestuário. Na prática, não temos, no país, um salário mínimo capaz de garantir direitos básicos, como saúde e educação, quanto menos direitos não tão básicos, mas não menos importantes, como lazer e vestuário. Essas normas, que não têm aplicação imediata, são chamadas de programáticas e têm importância solar por apresentarem um caminho norteador para a construção de políticas públicas sociais.

Por fim, sobre o objetivo de dar maior eficácia possível à Constituição, utilizando-se de sua força normativa, faz-se mister recorrer à doutrina de Konrad Hesse, em sua famosa obra sobre a força normativa da Constituição:

Subsiste para o Direito Constitucional uma enorme tarefa, sobretudo porque a força normativa da Constituição não está assegurada de plano, configurando missão que, somente em determinadas condições, poderá ser realizada de forma excelente. A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional.

(...)

¹¹ DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 251.

¹² BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Em outros termos, o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição (*Willezur Verfassung*), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa.¹³

2.2.3 Fortalecimento da jurisdição constitucional

Consequência lógica da Supremacia da Constituição é o fortalecimento e expansão da Jurisdição Constitucional. Os Estados Democráticos de Direito, que reconheceram a Constituição Federal como principal norma jurídica, superior a todas as demais e verdadeiro referencial de validade do ordenamento jurídico, precisaram valorizar, fortalecer e criar novos mecanismos para que os conflitos relacionados à Constituição sejam julgados pelo Poder Judiciário, através da Jurisdição Constitucional.

Segundo a doutrina de Luis Roberto Barroso, faz-se mister destacar que a Jurisdição Constitucional é exercida, no Brasil, por todos os juízes e tribunais, compreendendo duas situações particulares: a aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas, por exemplo, o direito do contribuinte a uma imunidade tributária; e a aplicação indireta da Constituição, quando esta é utilizada como parâmetro pelo intérprete para aferição da validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a essa norma infraconstitucional o melhor sentido (interpretação conforme a Constituição).¹⁴ Se é certo dizer que a Jurisdição Constitucional é exercida no Brasil por qualquer juiz ou tribunal, também é certo que o Supremo Tribunal Federal é o principal ator neste exercício.

O mesmo autor destaca que a expansão da jurisdição constitucional é uma das transformações do século XX, fazendo parte do marco teórico do neoconstitucionalismo. Segundo Barroso, a tendência de criação de tribunais constitucionais surgiu na Europa e irradiou-se para todo o resto do mundo. No Brasil, apesar de já existir uma jurisdição constitucional desde 1891, a sua verdadeira

¹³ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 26-27.

¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JUSPODIVM, 2011, p. 228.

expansão se deu em 1988, em razão da ampliação do direito de propositura e da criação de novos mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade, como a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.¹⁵

De fato, como destacado por Barroso, a expansão da jurisdição constitucional se dá na segunda metade do século XX, porém é preciso reconhecer que o controle de constitucionalidade dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo, realizado pelo Poder Judiciário, tem origem ainda no século XIX, nos Estados Unidos. É sobre isso que trata Dalmo de Abreu Dallari, ao destacar que a consagração do Judiciário como verdadeiro Poder, capaz de influenciar a vida política do Estado, se deu com o caso *Marbury vs. Madison*, caso emblemático da jurisprudência da Suprema Corte norte americana, já analisado aqui no momento em que foi destacada a supremacia da constituição. Segundo ele, o voto de John Marshall possibilitou o controle realizado pelo Judiciário sobre os atos dos outros dois poderes do Estado, através da interpretação das normas constitucionais.¹⁶

Voltando para a atualidade, mais especificamente para o contexto do neoconstitucionalismo brasileiro, Patrícia Perrone Campos Mello constata que a Constituição Federal de 1988 fortaleceu a autonomia e a independência do Poder Judiciário, “criando condições para o desenvolvimento judicial do direito”. Segundo a autora, além de trazer em seus artigos um grande rol de direitos fundamentais, a CF representou o marco histórico da redemocratização do Brasil, operando um equilíbrio entre os Poderes da República.¹⁷

Assim sendo, o que se verifica pós-1988 é um fortalecimento da jurisdição constitucional. Com a criação do Superior Tribunal de Justiça e a migração das causas infraconstitucionais para esse tribunal, o Supremo Tribunal Federal assume a função de zelar pelo cumprimento do Texto Constitucional, tornando-se verdadeiro “Guardião da Constituição”. Além disso, foram criadas novas ações no controle

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. “**Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**”.

Disponível em:

http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 16 nov. 2014.

¹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 95.

¹⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal**. Revista de Direito do Estado, ano 5, nºs 19-20, jul/dez 2010, p. 188.

concentrado de constitucionalidade¹⁸, e o rol de legitimados para a proposição da ação direta de inconstitucionalidade foi ampliado.¹⁹

A partir disso, muitos críticos passaram a enxergar na expansão da jurisdição constitucional a possibilidade de ter se iniciado um “governo dos juízes” ou uma “ditadura do Supremo Tribunal Federal”. Se for possível falar em uma “ditadura do Supremo”, essa seria uma ditadura diferente, uma “ditadura das liberdades”, segundo Saul Tourinho Leal. Seria uma ditadura que, por exemplo, impede a prisão do depositário infiel, garante aos advogados acesso a inquéritos sigilosos e garante a progressão de regime prisional para condenados por crimes hediondos (Precedentes do STF). O referido autor conclui que, historicamente, o protagonismo das cortes constitucionais é importante em países que acabam de passar por período de autoritarismo e são inseridos em um contexto democrático.²⁰

2.2.4 Judicialização da política

Por fim, é preciso destacar mais uma característica do neoconstitucionalismo, correlata a todas as demais, que é a judicialização da política. Esse fenômeno está intimamente ligado com o protagonismo que o Poder Judiciário adquiriu nas últimas décadas, em detrimento dos outros dois Poderes do Estado, o Executivo e o Legislativo.

Luis Roberto Barroso enumera três causas para a judicialização da vida e das relações sociais, sendo possível aplicá-las também para o fenômeno da

¹⁸ O controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, que já contava com a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva e com a ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica, ganhou em 1988, com promulgação da Carta Constitucional, mais duas ações: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Além dessas, em 1993, através da Emenda Constitucional n. 3, foi criada a Ação Declaratória de Constitucionalidade, fechando o rol de ações do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro.

¹⁹ Se, antes da Constituição Federal de 1988, o único legitimado para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade era o Procurador Geral da República, a partir desse marco, o rol de legitimados à propositura desta ação foi ampliado, passando a abarcar também o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, das Assembleias Legislativas dos Estados e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o governador de Estado e do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

²⁰ LEAL, Saul Tourinho. **A nova face da jurisdição constitucional brasileira**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (orgs.) **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JUSPODIVM, 2011, p. 455-456

judicialização da política. A primeira é o reconhecimento da importância de um judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. A segunda está relacionada com a desilusão na política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos. A terceira está relacionada com a omissão dos atores políticos, que muitas vezes preferem que o Judiciário seja a instância decisória de questões polêmicas, nas quais existe desacordo moral dentro da sociedade.²¹

Sobre a primeira causa, o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, pode-se dizer que ela representa a ideia de que os juízes e tribunais, quando do desenvolvimento do processo decisório, não estão subordinados a qualquer força que não seja a lei, sobretudo a Constituição, nossa lei maior.

O fato de termos, nos dias de hoje, Constituições ambiciosas, com destaque para a brasileira, uma das mais analíticas, também contribui para o fortalecimento do Poder Judiciário, eis que um número cada vez maior de matérias é passível de ser judicializado, por terem sido inseridas no texto constitucional, que ganhou força normativa com o neoconstitucionalismo. Em suma, a constitucionalização dos direitos e garantias fundamentais, situação que tem como exemplo a Constituição Brasileira de 1988, repleta desses direitos e garantias, como já visto, contribui para o fortalecimento do Poder Judiciário. Considerando que as Constituições adquiriram força normativa e os direitos e garantias fundamentais estão umbilicalmente relacionados com a elaboração e o desenvolvimento de políticas públicas, resta concluir que a separação existente entre Direito e Política não é mais tão grande. Ou seja, o Poder Judiciário passou a realizar funções antes reservadas somente ao Legislativo e Executivo, sendo agora também responsável ativamente pela concretização da igualdade social no Brasil, assumindo um papel de destaque no cenário nacional.

Oscar Vilhena Vieira discorre melhor sobre o tema:

Este processo de expansão da autoridade judicial, contudo, torna-se mais agudo com a adoção de constituições cada vez mais ambiciosas. Diferentemente das constituições liberais, que estabeleciam poucos direitos

²¹ BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (orgs.) **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JUSPODIVM, 2011, p. 230.

e privilegiavam o desenho de instituições políticas voltadas a permitir que cada geração pudesse fazer as suas próprias escolhas substantivas, por intermédio da lei e de políticas públicas, muitas constituições contemporâneas são desconfiadas do legislador, optando por sobre tudo decidir e deixando ao legislativo e ao executivo apenas a função de implementação da vontade constituinte, enquanto ao judiciário fica entregue a função última de guardião da constituição. A hiper-constitucionalização da vida contemporânea, no entanto, é consequência da desconfiança na democracia e não a sua causa. Porém, uma vez realizada a opção institucional de ampliação do escopo das constituições e de reforço do papel do judiciário, como guardião dos compromissos constitucionais, isto evidentemente contribuirá para o amesquinamento do sistema representativo.²²

A desilusão na política majoritária, segunda causa trazida por Barroso para a judicialização da vida, é ainda mais fácil de ser visualizada. Os poderes Executivo e Legislativo passam, no Brasil, por uma crise de representatividade enorme. Grande parte dos brasileiros desenvolveu aversão à política, deixando de acreditar que a realidade social pode ser transformada através desse instrumento. Isso se dá, em verdade, em razão da falta de eficiência desses poderes, que em inúmeras ocasiões, por falta de competência, ou mesmo por má-fé, deixam a desejar no cumprimento de suas funções.

Não são poucos os casos em que encontramos gestores ou legisladores mal preparados para o exercício das funções públicas que desempenham. Muitas vezes o problema reside na falta de estrutura da máquina pública, que não dá conta de atender todos os anseios populares. Some-se a isso a má intenção de alguns muitos integrantes desses poderes, que visualizam no cargo eletivo que ocupam a possibilidade de beneficiamento pessoal, pensamento antagônico com a finalidade pública, que deveria ser a marca da atuação de todos os servidores públicos no Brasil. Os frequentes e absurdos casos de corrupção, tanto no Poder Legislativo quanto no Executivo, são exemplos desse desvio de finalidade.

A terceira e última causa, relacionada com a omissão dos atores políticos que muitas vezes preferem que o Judiciário seja a instância decisória de questões polêmicas, nas quais existe desacordo moral dentro da sociedade, reflete a ideia de que uma parcela considerável dos políticos brasileiros está mais interessada em ser reeleita do que, efetivamente, deixar um legado social através do seu mandato. Em razão disso, é preferível, para esses políticos, não se comprometer com questões

²² VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2015.

polêmicas, que, porventura, venham a desagradar parcela considerável do seu eleitorado.

Essa situação pode ser verificada, a título exemplificativo, na falta de regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas. Desde 1988, a Constituição deu competência para que este imposto fosse criado pela União. Ocorre, entretanto, que o Congresso Nacional nunca aprovou lei nesse sentido. Assim, muitos criticam essa inércia legislativa afirmando que aprovação de lei sobre essa matéria desagradaria parcela brasileira dos mais ricos, não tendo os deputados e senadores interesse em se indispor com camada tão influente da sociedade. Diante dessa situação, o Governador do Estado do Maranhão ajuizou recentemente uma ADIn por Omissão frente ao Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de ver a matéria ser regulamentada e o imposto criado, revelando que ante a inércia dos outros dois poderes, o Poder Judiciário ganha destaque.²³

Outro exemplo de inércia legislativa, que pode ser interpretado como uma “covardia legislativa”, está na falta de regulamentação legal do casamento entre pessoas do mesmo sexo. A maioria da população brasileira carrega uma moralidade cristã muito grande, aparentemente contrária à união entre pessoas do mesmo sexo. Deputados e senadores, por compartilharem da mesma mentalidade, ou por não desejarem assumir posição tão “radical” e perigosa frente a uma grande parcela da sociedade, que não vê com bons olhos esse tipo de casamento, ainda não aprovaram emenda ao Código Civil capaz de suprimir as referências ao casamento como união entre homem e mulher. A questão também chegou ao Supremo Tribunal Federal, que, em atenção, principalmente, ao princípio da igualdade, decidiu pela equiparação da união homoafetiva à união heteroafetiva no Brasil.²⁴

Então, a judicialização da política, acompanhada da reaproximação entre o direito e a moral, da supremacia da Constituição, do fortalecimento da jurisdição constitucional e de todas as outras características do período denominado neoconstitucionalismo criaram o ambiente perfeito para o desenvolvimento do

²³ A questão foi levada ao STF através da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 31.

²⁴ A questão foi levada ao STF através da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132.

ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal, como será demonstrado adiante.

3 ATIVISMO JUDICIAL

3.1 CONCEITO

Junto com o ativismo judicial, surgiram os problemas com a sua conceituação. Muitas vezes é mais fácil encontrar uma aplicação prática para uma palavra ou expressão do que formular um conceito teórico universal. Não é diferente com a expressão “Ativismo Judicial”, cuja utilização tornou-se rotineira e comum no Brasil nas últimas décadas. Mas, curiosamente, poucos disponibilizam tempo para estudar o verdadeiro significado, ou significados, do Ativismo Judicial, caindo em verdadeiras armadilhas do “senso comum”.

O principal problema de uma utilização indiscriminada e inconsciente da expressão “Ativismo Judicial” está na rotineira associação pejorativa realizada. O Ativismo, muitas das vezes, é visto como comportamento judicial negativo, mas sem que se faça uma verdadeira e profunda análise crítica acerca do fenômeno e do contexto no qual ele se insere. Essa conclusão comumente é influenciada pelo julgamento do conteúdo da decisão ativista, e não sobre a decisão em si. Não se nega a importância de conclusões contrárias ao ativismo judicial, elas são muito relevantes no processo discursivo doutrinário, desde que fundamentadas e contextualizadas.

Sobre o problema, Oscar Valente Cardoso reconhece que as discussões sobre o ativismo normalmente são influenciadas pela análise do direito material resolvido na decisão judicial em questão. A análise é deslocada do meio para o fim com o surgimento de uma apreciação reducionista baseada na dicotomia bom/mau.²⁵

Diante desse quadro, é preciso fortalecer a doutrina sobre o ativismo judicial no Brasil. As discussões devem ser travadas levando em consideração eventuais pontos positivos e negativos de uma postura mais ativista do Poder Judiciário, em um contexto histórico de início do século XXI.

A doutrina diverge muito sobre o conceito de ativismo judicial. Isso prejudica o debate, eis que, nas vezes em que o ativismo judicial é mencionado, em alguns momentos se está tratando de uma coisa e em outros se está tratando de coisa diversa, sendo utilizada, porém, a mesma expressão. Ocorre também o inverso, ou

²⁵ CARDOSO, Oscar Valente. **Ativismo Judicial: Conceitos e Preconceitos**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, nº 129, p. 76.

seja, expressões diversas são utilizadas para caracterizar o que aqui vai ser chamado de ativismo judicial.

Luis Roberto Barroso defende que:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.²⁶

Já Elival da Silva Ramos assume postura mais radical:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).²⁷

Para os fins aqui almejados, será dada a seguinte conceituação: *O ativismo judicial, no Brasil, consiste em uma atuação mais proativa do Poder Judiciário, assumindo funções que lhe são inerentes, fruto das novas tendências do Estado Democrático de Direito Brasileiro, principalmente a supremacia e a normatividade da Constituição, os novos mecanismos de controle de constitucionalidade e a judicialização da política, tendo como objetivo a concretização dos direitos e garantias fundamentais e possivelmente ingressando no regime de competências dos outros dois poderes do Estado (Executivo e Legislativo), sem, com isso, afrontar o princípio da separação dos poderes, que deve ser interpretado constitucionalmente.*

3.2 ATIVISMO JUDICIAL X DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Formulado o conceito de ativismo judicial, é preciso diferenciá-lo do conceito de discricionariedade judicial. Essa diferenciação é essencial, pois a confusão entre

²⁶ BARROSO, Luiz Roberto. "Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática". Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf. Acesso em 10 mai. 2015

²⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

elas é comum, inclusive feita por estudiosos do Direito, o que contribui para uma associação negativa, pejorativa, indiscriminada, da expressão “ativismo judicial”.

A palavra discricionariedade é utilizada no Brasil, especialmente no ramo jurídico, para traduzir a liberdade que os membros dos três Poderes do Estado têm para escolher agir de uma forma, diante das possibilidades que são legalmente possíveis. Em outras palavras: discricionariedade seria a margem de escolha dada a administradores públicos, legisladores e magistrados para atuarem em conformidade com a legislação.

Acontece que a utilização dessa expressão revela um contrassenso enorme, como será demonstrado a seguir. Discricionariedade, segundo Dicionário Aurélio, é aquilo que é livre de condições, ilimitado. Como podemos utilizar essa expressão para caracterizar a atuação dos agentes públicos se esta encontra-se limitada pelos ditames legais, sobretudo constitucionais? Contradição ocorre também na expressão “livre convencimento motivado do magistrado”, e nas suas derivadas. Se o convencimento deve ser motivado, ele não pode ser livre. A partir dessa análise, é preciso concluir que não existe discricionariedade na atuação dos três Poderes, pelo menos no sentido literal da palavra. O Judiciário, o Legislativo e o Executivo devem agir sempre no limite da lei.

A interpretação judicial e a aplicação do direito pelo Supremo Tribunal Federal devem ser pautadas, hodiernamente, em um referencial hermenêutico, qual seja a Constituição Federal. Nesse sentido, não é mais possível falar em discricionariedade do ministro do STF, ou seja, ele não é livre para “criar” o direito, como muito se defende. Os ministros do STF são livres, sim, para procurar encontrar a melhor solução para os casos em que são provocados, solução essa que deve estar em conformidade com os princípios e regras do Estado Democrático de Direito previstos na Constituição Federal de 1988.

Talvez quem melhor fale, no Brasil, sobre discricionariedade judicial seja Lenio Luiz Streck:

Isso, aliás, tornou-se lugar comum no âmbito do imaginário dos juristas. Com efeito, essa problemática aparece explícita ou implicitamente. Por vezes, em artigos, livros, entrevistas, ou julgamentos, os juízes (singularmente ou por intermédio de acórdão nos Tribunais) deixam “claro” que estão julgando “de acordo com a sua consciência” ou “seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei”. Em outras circunstâncias,

essa questão aparece devidamente teorizada sob o manto do *poder discricionário dos juízes*.²⁸

A postura do Poder Judicial narrada acima não é, de forma nenhuma, defendida por este trabalho, chegando, pelo contrário, a ser repudiada. O ativismo judicial, como ainda será visto de forma mais aprofundada, não é uma autorização para que o Poder Judiciário atue da forma que bem entender, e sim, uma postura voltada para a melhor aplicação da Constituição, sempre havendo necessidade de ponderação entre a flexibilização do princípio da separação de poderes e o direito ou garantia fundamental que se pretende efetivar através da prática ativista.

O ordenamento jurídico brasileiro caminha a passos largos para o combate da discricionariedade judicial, da forma aqui trabalhada. O Novo Código de Processo Civil, sancionado pela Presidente da República em 2015, ainda em período de *vacatio*, abandonou qualquer expressão relacionada ao livre convencimento motivado do magistrado, em demonstração clara de que o Estado Democrático de Direito não pode mais suportar decisões judiciais, que minimamente fundamentadas, em atenção à última palavra da expressão “livre convencimento motivado”, aplicam o direito da forma que melhor convém aos juízes e tribunais.

O Novo Código de Processo Civil servirá para uma revolução paradigmática no Direito, principalmente no que tange às decisões judiciais, que agora deverão mais obediência aos precedentes do Supremo Tribunal Federal. Ou seja, haverá uma maior harmonização das decisões judiciais, que deixarão de ser tão diferentes para situações tão parecidas, fato que gera uma insegurança jurídica muito grande neste país. Mas esse é assunto que, devido à sua amplitude e relevância, mereceria um novo trabalho de conclusão de curso. O que pode ser aproveitado para este trabalho é a importância que as decisões do Supremo Tribunal Federal vão ganhar com o Novo Código de Processo Civil, se transformando em precedentes obrigatórios a serem seguidos por juízes e tribunais em todo o Brasil.

3.3 ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.3.1 O protagonismo do STF pós-1988

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 20.

O Supremo Tribunal Federal é o órgão máximo do Poder Judiciário no Brasil. Criado em 1891, conviveu com boa parte da história da civilização brasileira, estando presente em várias formas de governo e de organização do Estado. Porém, é com a Constituição Federal de 1988 que o STF se torna protagonista, assumindo funções fundamentais dentro do Estado Democrático de Direito.

Oscar Vilhena Vieira destaca três funções assumidas pelo Supremo Tribunal Federal, que, juntas, o diferenciam de qualquer outro Tribunal do mundo: Tribunal Constitucional, julgando as ações diretas de constitucionalidade/inconstitucionalidade que lhe são propostas, através do controle concentrado de constitucionalidade; último grau de jurisdição em questões que envolvam matérias constitucionais, exercendo o controle difuso incidental de constitucionalidade; e foro privilegiado, possuindo competência originária para julgar algumas causas.²⁹

Esse acúmulo de funções transforma o STF em grande protagonista na missão de aplicação da Constituição federal de 1988, Constituição esta, como já vimos, ambiciosa na função de transformar a realidade social brasileira, repleta de direitos e garantias fundamentais. O Supremo ganhou após 1988, quando se transformou em um Tribunal Constitucional, com a delegação de funções infraconstitucionais ao novo Tribunal criado (Superior Tribunal de Justiça), destaque nacional. Não são poucas as vezes em que decisões do STF tomam conta dos noticiários e das rodas de discussão informais. Com o advento da TV Justiça, as sessões passaram a ser transmitidas ao vivo para todo o país, dando uma visibilidade antes nunca vista ao Tribunal.

O STF passou a ser responsável, então, por emitir a palavra final em matérias constitucionais no Brasil, contrariando, muitas vezes, decisões políticas tomadas por integrantes dos Poderes Legislativo e Executivo.

3.3.2 Decisões ativistas do Supremo Tribunal Federal

²⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em: 30abr. 2015.

Nos últimos anos, principalmente a partir de um amadurecimento do Texto Constitucional de 1988, O Supremo Tribunal Federal vem tomando decisões, seja no âmbito das suas duas turmas, seja em plenário, que se mostram ativistas, eis que relativizam o princípio da separação de poderes no objetivo de alcançar um objetivo maior. Aqui, neste capítulo, serão dados exemplos de decisões ativistas do STF.

3.3.2.1 Uso de algemas

Em razão do Habeas Corpus nº 91952, impetrado no Supremo Tribunal Federal, que buscava a anulação de uma sessão de julgamento do Tribunal do Júri do estado de São Paulo, na qual o acusado permaneceu algemado durante toda a sua realização, o plenário do STF editou a Súmula Vinculante número 11, abaixo transcrita:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade 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, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.³⁰

O enunciado transcrito, sem sombras de dúvidas, influenciou na forma de atuação da Polícia Militar, que a partir de então só poderia utilizar as algemas nos casos previstos. A Polícia Militar, que possui a função de zelar pela segurança pública dos indivíduos, efetuando prisões, quando necessário, através do controle preventivo e repressivo da criminalidade, é subordinada diretamente à Secretaria de Segurança Pública de cada Estado, representação do Poder Executivo estadual. Na edição da Súmula Vinculante nº 11, o STF claramente interferiu no regime de competências do Poder Executivo, dentre as quais está a de traçar planos de ação para a Polícia Militar, nos quais pode estar envolvida a utilização de algemas.

Com a edição desta súmula, o Supremo Tribunal Federal, utilizando-se dos princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, do direito à imagem, dentre outros, decidiu limitar a utilização de algemas em indivíduos suspeitos ou acusados de terem cometido crimes. Importante observar que a Constituição Federal não trata diretamente desta matéria, ou seja, não há nenhum artigo a respeito da utilização de algemas pela polícia. Então, o Supremo, quando

³⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula Vinculante n. 11.

proferiu a decisão no Habeas Corpus citado e editou a Súmula Vinculante nº 11, assim o fez com base na interpretação de princípios e direitos genéricos, como o da presunção de inocência, sem que houvesse uma previsão específica no texto constitucional sobre algemas, assumindo, com isso, uma postura ativista. A aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário é justamente uma das manifestações do ativismo judicial elencadas por Luis Roberto Barroso, já abordada anteriormente neste trabalho.³¹

3.3.2.2 Aborto de feto anencéfalo

Outro exemplo de decisão ativista do Supremo Tribunal Federal está na apreciação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, julgada procedente em 12 de abril de 2012. Através desta ação, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, o STF decidiu que a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia do feto não constitui crime de aborto, tipificado nos arts. 124, 125 e 126 do Código Penal Brasileiro. Anencefalia é a má formação congênita do cérebro, que ocasiona, segundo as entidades médicas ouvidas durante a audiência pública realizada no caso, a morte do filho em 100% dos casos, seja ainda no útero da mãe ou pouco tempo após o parto.

O Código Penal já trazia, em seu art. 128, duas hipóteses de excludentes de ilicitude para o aborto, ou seja duas situações nas quais a interrupção da gravidez, realizada por médico, não constitui crime. São elas: risco de vida para a gestante e gravidez decorrente de estupro. Nesse ponto, vale a transcrição do dispositivo citado:

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.³²

³¹ BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.**

Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 31, out. 2014.

³² BRASIL. **Código Penal de 1940.**

Com o julgamento da ADPF 54, o Supremo Tribunal Federal ampliou o rol de situações de aborto permitido, criando mais uma hipótese, quando o feto for anencéfalo. Com isso, o Supremo atuou como verdadeiro legislador, inovando no ordenamento jurídico, sendo este, portanto, mais um exemplo de ativismo judicial, no qual o Poder Judiciário assume uma função característica do Poder Legislativo.

Nessa perspectiva, a ADPF 54 contribui significativamente para o debate sobre os limites de atuação do Supremo Tribunal Federal. A atuação do STF como legislador negativo, através da invalidação de leis e atos normativos do Poder Público é pacificamente reconhecida como legítima. A discussão gira em torno da atuação do Supremo como legislador positivo, como no caso da ADPF 54, em que este tribunal inovou no ordenamento jurídico brasileiro, criando mais uma hipótese permissiva para a interrupção da gravidez.

3.3.2.3 Judicialização da saúde

Podemos encontrar outro exemplo de ativismo judicial nas diversas decisões do Supremo Tribunal Federal que impõem ao Poder Público (Executivo) o ônus de suportar o fornecimento das mais variadas prestações de saúde – cirurgias, exames, medicamentos, tratamentos etc. – não oferecidas pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Nesses casos, é invocado o art. 196 da Constituição Federal³³ para pleitear a prestação do Estado, eis que, segundo o artigo citado, saúde é um direito de todos e dever do Estado. O problema ocorre quando a prestação solicitada, seja um medicamento, uma cirurgia ou um tratamento, representa um alto custo para o Estado.

As decisões do Poder Judiciário favoráveis aos que pleiteiam prestações de saúde sofrem inúmeras críticas de diversos setores da sociedade. O argumento contrário a essas decisões mais invocado é o da “reserva do possível”, através do qual se defende que o Poder Público não possui recursos financeiros suficientes para cumprir todas as obrigações que lhe são impostas, mormente em face do altíssimo

³³ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

custo de alguns tratamentos, cirurgias ou medicamentos. Alega-se também não ser razoável cumprir com uma prestação individual, quando esta representa um alto custo para os cofres públicos, em detrimento da prestação coletiva, que alcançaria um número maior de indivíduos, também em nome da finitude dos recursos públicos.

Eis aqui alguns trechos de decisões ativistas do STF nesta matéria:

Direito à saúde. Portador de doença grave. Determinação para que o Estado forneça fraldas descartáveis. Possibilidade. Caracterização da necessidade. (...) O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a administração pública adote medidas concretas, assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da saúde. A Corte de origem consignou ser necessária a aquisição das fraldas descartáveis, em razão da condição de saúde do agravado e da impossibilidade de seu representante legal de fazê-lo às suas expensas.³⁴

Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo.³⁵

O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isso por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.³⁶

Cumprе assinalar que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.668.722/RS**. Primeira Turma. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Ana Janaina Rosa da Rosa (representada por Ana Lúcia Rosa da Rosa). Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DJ 27 ago. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4758737>>. Acesso em: 05 mai. 2015.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.550.530/PR**. Segunda Turma. Agravante: Autarquia Municipal de Saúde - AMS. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DJ 26 jun. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2555288>>. Acesso em: 05 mai. 2015.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.607.381/SC**. Primeira Turma. Agravante: Estado de Santa Catarina. Agravado: Ruth Maria da Rosa. Relator: Min. **Luiz Fux**. Brasília, DJ 31 mai. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624235>>. Acesso em: 05 mai. 2015.

jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante. Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que o Estado não poderá demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhe foi outorgado pelo art. 196, da Constituição, e que representa – como anteriormente já acentuado – fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à saúde, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Entendo, por isso mesmo, que se revela inacolhível a pretensão recursal deduzida pela entidade estatal interessada, notadamente em face da jurisprudência que se formou, no Supremo Tribunal Federal, sobre a questão ora em análise. Nem se atribua, indevidamente, ao Judiciário, no contexto em exame, uma (inexistente) intrusão em esfera reservada aos demais Poderes da República.³⁷

Fica evidente, nesses casos, que o Poder Judiciário está interferindo no planejamento financeiro da administração pública, seja ela estadual, municipal ou federal, impondo a realização de um gasto não presente no planejamento dos entes públicos, representando, por isso, mais exemplos de decisões ativistas do Supremo Tribunal Federal.

3.3.2.4 Greve dos servidores públicos

Outro exemplo de atuação ativista do Supremo Tribunal está na regulação do direito de greve dos servidores públicos. O art. 37, VII, da Constituição Federal³⁸, estabelece que o direito de greve dos servidores públicos de todos os Poderes da União será regulado por lei específica. Esse inciso, presente na redação original da CF/88 e alterado pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, para substituir a expressão “lei complementar” por “lei específica”, no intuito de facilitar ainda mais a edição da lei, nunca foi atendido pelo Congresso Nacional, que até hoje não legislou sobre a matéria. Diante dessa omissão legislativa, a matéria chegou ao STF, por meio dos Mandados de Injunção (MIs) 670, 708 e 712, ajuizados por diversos sindicatos de servidores públicos.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.175/CE**. Plenário. Agravante: União. Agravados: Ministério Público do Estado do Ceará, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza e Estado do Ceará. Relator: Min. Presidente Gilmar Mendes. Voto do Min. Celso de Mello. Brasília, DJ 17mar. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 05 mai. 2015.

³⁸ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

O Supremo, em 25 de outubro de 2007, decidiu, por unanimidade, declarar a omissão legislativa quanto à regulamentação do direito de greve dos servidores públicos e, por maioria, decidiu aplicar, em analogia, no que couber, a lei de greve dos servidores particulares (Lei nº 7.783/89) aos servidores do setor público.

Sobre a atuação do Supremo no caso, destaca Luciano Martinez:

A Corte constitucional deu-se conta de que o Poder Judiciário poderia adotar medidas normativas provisórias como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais por parte do Poder Legislativo sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais configurasse ofensa ao modelo de separação de poderes. Foi assim que, numa clara demonstração de evolução de entendimento, o STF, nos autos dos Mandados de Injunção MI 670-9/ES (Relator Min. Maurício Corrêa), MI 708-0/DF (Relator Min. Gilmar Mendes) e MI 712-8/PA (Relator Min. Eros Graus), todos julgados na sessão de 25-10-2007, passou a reconhecer a eficácia jurídica do direito fundamental de greve em favor dos servidores públicos civis e a determinar, em caráter aditivo, a aplicação das Leis n. 7.701/88 e 7.783/89, com as necessárias adaptações, aos conflitos e às ações judiciais que envolvessem a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis até que fosse publicada lei específica sobre a matéria.³⁹

Essas foram decisões ativistas, na medida em que o Supremo tomou para si a responsabilidade de garantir o direito de greve dos servidores públicos, em face da inércia do Poder Legislativo, no caso o Congresso Nacional. O Supremo, para tanto, utilizou-se do Mandado de Injunção, ação constitucional trazida pela Carta Magna de 1988, em seu art. 5º, LXXI⁴⁰, justamente como remédio contra a inviabilidade de direito ou liberdade constitucional por falta de norma regulamentadora.

Sendo assim, pode-se dizer que, nesse caso, a própria Constituição previu o ativismo judicial, ou seja, desconfiado do legislador ordinário, o legislador constituinte criou um mecanismo de regulamentação de direitos ou liberdades quando aquele não atuasse da forma esperada, qual seja a possibilidade de impetração de Mandado de Injunção em face do Supremo Tribunal Federal. Isso nos mostra que o ativismo judicial não é nada de extraordinário, nenhuma invenção do Poder Judiciário, mas tão somente uma consequência natural do momento histórico

³⁹ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 589.

⁴⁰ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

em que vivemos, no qual os direitos e garantias fundamentais, já inseridos no Texto Constitucional, precisam ser efetivados, convertidos em ações concretas.

3.3.2.5 Creches e pré-escolas

Por último, cabe destacar as decisões do Supremo Tribunal Federal que estabelecem o dever do Estado de garantir educação infantil, em creches e pré-escolas, em atenção à norma contida no art. 208, IV, da Constituição Federal⁴¹. Nesse particular, importante transcrever trechos de acórdãos do STF:

A educação infantil, por **qualificar-se** como direito fundamental de **toda** criança, **não se expõe**, em seu processo de concretização, **a avaliações meramente discricionárias** da Administração Pública, **nem se subordina** a razões de puro pragmatismo governamental.

(...)

Embora resida, **primariamente**, nos Poderes Legislativo e Executivo, **a prerrogativa** de formular e executar políticas públicas, **revela-se possível**, no entanto, **ao Poder Judiciário**, determinar, ainda que em bases excepcionais, **especialmente** nas hipóteses de políticas públicas **definidas pela própria** Constituição, **sejam estas implementadas** pelos órgãos estatais inadimplentes, **cuja omissão** – por importar **em descumprimento** dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – **mostra-se apta a comprometer** a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais, **impregnados** de estrutura constitucional.⁴²

(...) Desse modo, a determinação judicial tem por escopo a efetiva concretização da norma constitucional, sem implicações com o princípio da separação de Poderes, uma vez que, nos termos do art. 205 da Carta da República, a educação é direito de todos, cumprindo à família, à sociedade e ao estado o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, dentre outros, o direito à educação e à dignidade. Ao Poder Judiciário cabe fazer valer, no conflito de interesses, a lei e a Carta Federal, Deficiência orçamentária não tem o efeito de projetar no tempo e, conforme a política em curso, indefinidamente o cumprimento de preceitos constitucionais de importância ímpar, no que voltados à educação.⁴³

⁴¹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

⁴²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 410.715-5/SP**. Segunda Turma. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Presidente Celso de Mello. Voto do Min. Celso de Mello. Brasília, DJ 22 nov. 2005. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

⁴³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 384.201-3/SP**. Primeira Turma. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Marco Aurélio. Voto do Min. Marco Aurélio. Brasília, DJ 26 abr. 2007.

Os trechos de decisões acima revelam, com toda a certeza, mais uma manifestação do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, especificamente no que tange a garantia do acesso à educação, direito fundamental de suma importância em todos os países do mundo, e, em especial, naqueles que ainda possuem profundas diferenças sociais, como é o caso do Brasil.

Como em todos os outros exemplos de ativismo judicial, existem autores que defendem essa interferência do Poder Judiciário na formulação e concretização de políticas públicas e autores que a criticam. A discussão, como será visto mais adiante, em tópico específico, perpassa pelo reconhecimento (ou não) da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro e pela possibilidade (ou não) de se falar em normas programáticas quando o assunto são normas que estabelecem direitos fundamentais.

Elival da Silva Ramos, por exemplo, acredita não ser legítima a atuação do Poder Judiciário, na imposição de condutas ao Poder Público, quando o assunto é o direito à educação infantil, através de creches e pré-escolas, norma contida no art. 208, VI, da Constituição Federal, pois, diferentemente do direito de acesso ao ensino fundamental, inscrito no art. 208, I, que possui tratamento diferenciado, revelando-se como direito público subjetivo, por força do § 1º do mesmo artigo⁴⁴, aquele direito (à educação infantil) revela-se como direito secundário, não sendo possível lhe atribuir exigibilidade imediata.⁴⁵

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474704>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

⁴⁴BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria. [...] § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

⁴⁵RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 267.

4 A LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL DO STF

Formulado o conceito de ativismo judicial e descritos alguns exemplos da ocorrência desse fenômeno no Supremo Tribunal Federal, chega o momento de avaliar se essa atuação ativista é legítima no cenário jurídico brasileiro atual, ou seja, se ela se justifica no Brasil nos dias de hoje. Serão utilizados três pontos de vista para a legitimidade do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal, divididos em três subtópicos: legitimidade constitucional, dentro do qual será analisado se o ativismo judicial fere o princípio da separação de poderes; legitimidade democrática, onde será discutido se o Poder Judiciário tem legitimidade para interferir no regime de competências dos outros dois poderes mesmo não tendo seus membros eleitos diretamente pela população; e legitimidade social, subtópico no qual será avaliada a repercussão social do ativismo judicial e se isso de alguma forma serve para legitimar essa atuação.

4.1 LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL

O princípio da separação de poderes organiza as funções do Estado em três grandes grupos de servidores públicos, que juntos formam os Três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. Segundo a concepção clássica, e como os próprios nomes sugerem, o Poder Executivo assumiria a função de executar as leis; o Poder Legislativo seria o responsável pela criação das leis; e o Poder Judiciário julgaria as causas que lhe fossem apresentadas, também aplicando a lei, assim como o Executivo. A separação de poderes representou uma grande conquista na luta contra o autoritarismo, eis que, através dela, o poder deixou de estar centralizado nas mãos de um único governante, inaugurando o chamado sistema de “freios e contrapesos”. Através desse sistema as funções inerentes ao Estado eram distribuídas entre os três poderes, fazendo com que, no exercício de sua função, um poder “controlasse” o outro, impedindo desmandos e arbítrios.

Ocorre que a interpretação do princípio da separação de poder sofreu, com o tempo, sensível transformação, não devendo mais ser visualizado da forma clássica com que foi concebido. Sobre o assunto, discorre com precisão Daniel Giotti de Paula:

Por óbvio, o modelo clássico de separação de poderes, na esteira das propostas originárias de Montesquieu e Madison, alicerçou-se em um

paradigma liberal do direito, pelo qual ao judiciário caberia apenas revelar o direito.

Com a proliferação de direitos fundamentais nas modernas Constituições e a assunção de que eles são princípios que podem colidir em casos específicos, sendo uma exigência social a máxima aplicação de cada um dos direitos fundamentais, uma nova concepção de separação de poderes é necessária. Não mais se entende que direito e política são campos totalmente separados e cuja conexão deve ser reprimida para o bom funcionamento do Estado. Na verdade, como se verá, no fundo sempre houve latente a possibilidade de conexão maior do que se pensava entre a arena política e o canal judicial.⁴⁶

Em suma, como já visto aqui, com a consolidação do neoconstitucionalismo, principalmente com a reaproximação entre direito e moral, com o reconhecimento da supremacia da Constituição, com o fortalecimento da jurisdição constitucional e com a judicialização da política, o Poder Judiciário passou a exercer a sua função jurisdicional de forma menos mecânica e mais criativa. Até esse ponto, parece que há um consenso na doutrina, ou seja, a maioria absoluta da doutrina defende que não é mais possível termos juízes “boca da lei”, típicos da época do positivismo. A doutrina diverge, porém, quanto à atuação do judiciário além dos limites da jurisdição, ou seja, atuando como legislador ou administrador.

Nos exemplos constantes neste trabalho, fica clara essa interferência do Supremo Tribunal Federal na competência dos Poderes Executivo e Legislativo. Na súmula vinculante nº 11, o Supremo, por exemplo, define como deve ser utilizada a algema pela Polícia Militar, em clara sobreposição ao poder de definição dessa atuação pelo Poder Executivo, ao qual a Polícia Militar é subordinada. Também no caso da descriminalização do aborto de feto anencefálico podemos visualizar essa interferência, mas em relação ao Poder Legislativo, eis que o STF atuou como legislador positivo, criando mais uma hipótese em que o aborto não é configurado como crime.

Muitos autores, então, criticam o ativismo judicial, alegando que este fere a separação de poderes e a própria Constituição, na medida em que os juízes estariam exercendo funções inerentes aos outros dois poderes do Estado (Executivo e Legislativo). Elival da Silva Ramos, sobre o assunto, afirma que:

⁴⁶ DE PAULA, Daniel Giotti. **Ainda existe separação de poderes?** A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JUSPODIVM, 2011, p. 273.

Com efeito, nos Estados democráticos a subversão dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, com o esmaecimento de sua função executória, implica deterioração do exercício da função jurisdicional, cuja autonomia é inafastável sob a vigência de um Estado de Direito, afetando-se, inexoravelmente, as demais funções estatais, máxime a legiferante, o que, por seu turno, configura gravíssima agressão ao Princípio da Separação dos Poderes.⁴⁷

Porém, a corrente doutrinária que defende a atuação ativista do STF, mesmo que esta interfira de alguma forma no regime de competências dos outros dois poderes, alega que é preciso diferenciar as funções típicas das funções atípicas dos três Poderes. Segundo Dirley da Cunha Júnior, a independência dos órgãos do poder político não está relacionada à exclusividade de funções, mas sim à predominância de funções. Ou seja, as funções legislativas, executivas e judiciárias são exercidas, predominantemente, pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente. Além dessas funções tradicionais, chamadas pelo autor de típicas, existiriam as funções atípicas. A título exemplificativo, o poder Legislativo exerce a função atípica judiciária quando julga o Presidente da República, os Ministros do STF e o Advogado Geral da União; o Poder Executivo exerce a função atípica legislativa quando edita uma medida provisória; o Judiciário, além de julgar, exerce a função atípica de legislar ao editar seu regulamento interno.⁴⁸

Diante dessa teoria, o Supremo Tribunal Federal quando regulou o direito de greve dos servidores públicos, por exemplo, exerceu uma função atípica (legislativa), ante uma omissão do Poder originariamente competente, associada à sua função típica jurisdicional. Ou seja, quando provocado, através dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, o STF entendeu ser devida a utilização da previsão legal de greve dos servidores privados pelos servidores públicos, enquanto legislação mais específica não fosse editada, em nome do princípio da igualdade.

José Herval Sampaio Júnior indica que as críticas direcionadas ao ativismo judicial, ou ao que comumente passou a se chamar de 'judicialização da política', não devem prosperar, já que esses fenômenos seriam naturais, decorrentes do surgimento de Constituições escritas e da necessidade de respeito às mesmas. O autor esclarece que o Poder Judiciário não deve assumir a posição de "salvador da pátria",

⁴⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 120.

⁴⁸ DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Ativismo Judicial e a Concretização dos Direitos Fundamentais**. In: Revista Baiana de Direito n. 5. Salvador, 2011.

resolvendo, sem nenhum tipo de instigação, todos os problemas, principalmente os relacionados à legislação e às políticas públicas. Essa postura seria arbitrária e inadmissível. Entretanto, o Judiciário, quando os outros dois Poderes, no exercício de suas atribuições, não cumprirem com os comandos constitucionais, deve agir, se provocado para tanto, restabelecendo os valores constitucionais, mesmo que adentrando na esfera política.⁴⁹

Também em defesa do ativismo judicial e da não violação, com este, do princípio da separação de poderes, João Agnaldo Donizeti Gandini, Samantha Ferreira Barione e André Evangelista de Souza discorrem:

Um dos argumentos relacionados com a implementação de políticas públicas por determinação do Poder Judiciário é a de que tal medida fere de morte o princípio da separação dos poderes, argumento este com o qual, diga-se de passagem, não concordamos. Explica-se.

A implementação de políticas públicas por determinação judicial não representa invasão de poderes nem ofensa à Constituição Federal, pois realizada dentro das peculiaridades do caso concreto e lastreada na dignidade da pessoa humana, ou seja, pela necessidade de preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, em que se inserem os chamados direitos de subsistência, quais sejam, saúde, moradia, educação e alimentação. Além disso, é preciso reconhecer que a atividade implementadora do Poder Judiciário não lhe autoriza criar políticas públicas, mas apenas implementar as já existentes.

Essa atuação do Poder Judiciário, aliás, por mais paradoxal que isso possa parecer, permite uma correta leitura – e até mesmo uma confirmação – da regra da separação dos poderes, pois no sistema de “freios e contrapesos” que essa regra encerra, é cabível ao judiciário controlar os abusos (seja por ação ou por omissão) dos demais poderes no exercício de suas competências.⁵⁰

Apesar da falta de referência à expressão “ativismo judicial”, fica evidente que Lenio Streck refere-se a esse fenômeno ao tratar da atuação do judiciário no Estado Democrático de Direito:

Por isso, é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, em face do caráter compromissário dos textos constitucionais e da noção de *força normativa* da Constituição, ocorre, por vezes, um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da jurisdição constitucional. Isto porque, se com o advento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado o foco de

⁴⁹ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Ativismo Judicial: Autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais?** In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JUSPODIVM, 2011, p. 406-407.

⁵⁰ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; DE SOUZA, André Evangelista. **A efetivação dos direitos sociais à saúde e à moradia por meio da atividade conciliadora do Poder Judiciário**. In: SANTOS, Lenir (Org.). **Direito da Saúde no Brasil**. Campinas: Saberes Editora, 2010. p. 76-77.

poder/tensão passou para o Poder Executivo, no Estado Democrático de Direito há (ou deveria haver) uma modificação desse perfil. Inércias do Poder Executivo e falta de atuação do Poder Legislativo podem ser supridas pela atuação do Poder Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.⁵¹

Ademais, faz-se mister observar que a Constituição, na visão defendida por este trabalho, representa a norma fundamental do Estado Democrático de Direito, o que legitima todas as outras normas. Então, conclui-se que o ativismo judicial não representa uma afronta à separação de poderes, eis que a separação de poderes deve ser visualizada dentro de um contexto constitucional, ao lado de outros princípios do Estado Democrático de Direito, que legitimam a atuação ativista do Poder Judiciário. Em outras palavras, a Constituição prevê o princípio da separação de poderes, mas também estabelece outros princípios, que também merecem atenção.

Sendo assim, deve haver ponderação, diante do caso concreto, para decidir se é melhor respeitar-se rigidamente o princípio da separação de poderes, e, com isso, impedir uma atuação ativista do Supremo Tribunal Federal, ou se é mais vantajoso para o Estado Democrático de Direito que a separação de poderes seja flexibilizada, ante a necessidade de efetivação de um direito ou uma garantia fundamental.

Sobre a atuação dos juízes diante da necessidade de se concretizarem os direitos fundamentais e a separação entre Direito e Política, discorre Rosangela Rodrigues Dias de Lacerda:

Conclui-se, portanto, que é preciso distinguir questões constitucionais que pertençam exclusivamente ao campo da Política, como a política externa ou a declaração de guerra, de outras onde há intersecção entre o Direito e a Política. Neste último caso, por detrás da questão política encontra-se em verdade uma violação de direitos fundamentais ou de princípios constitucionais essenciais para a proteção do indivíduo ou para as próprias bases institucionais do sistema constitucional. Por conseguinte, na hipótese em que conjugam Direito e Política, a natureza política do caso constitucional não deve inibir juízes e tribunais, ainda que a decisão exija a revisão de escolhas e decisões adotadas pelo legislador ou pelo administrador no uso de suas competências privativas.⁵²

José Carlos Vasconcellos dos Reis acredita que o controle pelo Poder Judiciário sobre os atos dos outros dois Poderes, que violem as normas programáticas

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 19-20.

⁵² DE LACERDA, Rosangela Rodrigues Dias. **Parâmetros para Controle Judicial de Políticas Públicas**. In: Revista Baiana de Direito n. 6. Salvador 2012, p. 204.

constitucionais, em nada afronta o princípio da separação de poderes, pelo contrário, revela-se compatível com um dos seus elementos essenciais: a ideia de controle e limitação recíprocos. Para ele, as normas programáticas investem os jurisdicionados em situações jurídicas subjetivas, cuja violação deve ser submetida ao Poder Judiciário, com fundamento na inafastabilidade do controle constitucional, garantido na Constituição Federal de 1988.⁵³

Desta forma, quando em jogo estiver a concretização de um direito fundamental, poderá o Supremo Tribunal Federal flexibilizar o princípio da separação de poderes, proferindo decisão ativista, fazendo isso de forma ponderada, madura e consciente, levando em consideração o papel desse tribunal no Estado Democrático de Direito. Assim, deve ser evitada, de todas as formas, a flexibilização da separação de poderes em razão de um envaidecimento próprio do Supremo ou dos seus ministros. O ativismo judicial não pode ser um mecanismo de promoção pessoal dos membros do Poder Judiciário, muito menos de um tribunal. Por isso, é imprescindível traçar limites para o ativismo judicial, sob pena de se estar dando um “cheque em branco” ao Supremo Tribunal Federal, que poderia ser utilizado para o bem ou para o mal, ou seja, para concretizar direitos e garantias fundamentais ou para simplesmente suprimi-los. Essa seria a derrocada do Estado Democrático de Direito, que voltaria a ser um Estado Absolutista, no qual um poder se sobrepõe em relação aos demais de forma abusiva e indiscriminada.

Então, tratando dos limites que devem ser observados durante a prática do ativismo judicial, importante destacar que o Supremo Tribunal Federal só deve assumir uma posição ativista no momento em que estiver em jogo a efetivação de um direito ou uma garantia constitucionalmente positivado. A título exemplificativo, o Supremo Tribunal Federal, quando da edição do enunciado da súmula vinculante 37, reconheceu que não cabe ao Poder Judiciário aumentar vencimentos dos servidores públicos sob o fundamento de isonomia, eis que essa é uma função tipicamente legislativa.

Esse posicionamento, que pode ser visto em outras situações, demonstra que o Supremo Tribunal Federal só deve assumir uma postura ativista, exercendo função

⁵³ DOS REIS, José Carlos Vasconcellos. **As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 243.

legislativa ou administrativa, quando algum direito estiver sendo violado ou ameaçado, nos termos do art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988⁵⁴. Mais do que isso, a violação ou ameaça deve ser a um direito constitucional, a um direito sensível dentro do ordenamento jurídico, a um verdadeiro direito fundamental do Estado Democrático de Direito Brasileiro. Esse limite à atuação ativista do STF será revisitado em momento oportuno, em tópico específico.

4.2 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

As maiores críticas dispensadas ao ativismo judicial giram em torno da falta de representatividade democrática do Poder Judiciário para interferir na atuação dos outros dois poderes, essencialmente legitimados através do sufrágio para exercer a democracia. Essa conjuntura já foi narrada aqui e é denominada de “judicialização da política”.

Rebatendo essa crítica, elucida Gustavo Binjenbojm que a própria expressão “Estado Democrático de Direito” representa a síntese de dois grandes princípios, de certa forma, antagônicos. De um lado, “Democrático” representa a soberania do povo, da maioria; enquanto que “de Direito” representa a juridicização do poder e o respeito aos direitos fundamentais. Para o doutrinador, o papel do constitucionalismo é harmonizar esses ideais, buscando um equilíbrio institucional e de desenvolvimento da sociedade política. Conclui, fazendo uma analogia, que, considerando a democracia um jogo, a Constituição seria o manual de regras, os agentes políticos seriam os jogadores e a jurisdição constitucional seria o árbitro do jogo democrático.⁵⁵

Nessa mesma linha de raciocínio, Patrícia Perrone Campos Mello defende que “a relação entre Direito e Política é insuprimível”. Para ela, cabe à política positivar os valores de determinada comunidade histórica e estabelecer as regras de separação dos poderes e organização do Estado. De outro lado, cabe ao Direito submeter a

⁵⁴ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁵⁵ BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 47-48

política a esses valores e regras, positivados e estabelecidos pela própria política.⁵⁶ Ou seja, a política cria o direito, no momento em que os órgãos responsáveis legislam, positivando normas de organização do Estado, direitos, obrigações etc. Esse direito posto servirá para regulamentar a própria atividade política, ou seja, a política cria o direito para, dentre outras funções, regular a si mesmo.

Sobre a questão, Streck discorre:

Parece inexorável – aliás, isso não deveria causar nenhuma surpresa – que ocorra um certo tensionamento entre os Poderes do Estado: de um lado, textos constitucionais forjados na tradição do segundo pós-guerra estipulando e apontando a necessidade da realização dos direitos fundamentais-sociais; de outro, a difícil convivência entre os Poderes do Estado, eleitos (Executivo e Legislativo) por majorias nem sempre concordantes com os ditames constitucionais.⁵⁷

O que deve ser destacado é que democracia não se confunde com maioria. Democracia é a forma de governo em que todo o povo está representado, direta ou indiretamente, abarcando as minorias e majorias populares. Sendo assim, o ativismo judicial, visto sob a ótica aqui trabalhada, não representa uma afronta à democracia, eis que, justamente pelo contrário, este é um mecanismo que pode ser utilizado para a concretização de direitos das minorias, que muitas vezes não conseguem ser representadas pelos Poderes Executivo e Legislativo.

É justamente o que dispõe Paulo Paiva:

O que se pretende delegando uma função contramajoritária à jurisdição constitucional não é garantir apenas, em uma esfera participativa, as minorias representadas no Parlamento, mas, também, e principalmente, sustentar a opção de vida de indivíduos e grupos que não logram ascender à representação política, não obstante estejam em condições de acessar o judiciário e mesmo os tribunais constitucionais.⁵⁸

É preciso verificar que decisões majoritárias podem ser, muitas vezes, perigosas. Os membros do Poder Executivo e do Poder Legislativo, eleitos pelo povo, poderiam, se a maioria prevalecesse sobre a democracia, tomar medidas que afrontassem o Estado Democrático de Direito. Seria o caso, por exemplo esdrúxulo, de um grupo de militares, que, eleitos Deputados Federais e Senadores, resolvessem emendar a Constituição para instituírem novamente a Ditadura Militar no Brasil. Mas não é esse

⁵⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. **Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal**. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, n^os 19-20, jul/dez 2010, p. 183.

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 90.

⁵⁸ PAIVA, Paulo. **Juristocracia? In: FELLETT, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JUSPODIVM, 2011, p. 519

o cenário atual; a maioria, utilizada em alguns procedimentos do Congresso, como na votação de projetos, é condicionada pela democracia. Esse freio democrático se verifica em várias situações, como nas cláusulas pétreas da Constituição, inseridas no art. 60, §4º, da Constituição Federal⁵⁹, que não podem ser objeto de Emenda Constitucional.

Geovane Peixoto elenca três motivos para se acreditar na superação da ideia de que a quebra da “supremacia parlamentar”, com o conseqüente desprestígio da “vontade da maioria”, nos dias de hoje, seria uma involução. O primeiro motivo está relacionado com o fato de a regra da maioria não conseguir refletir a intensidade de preferências, já que o procedimento de votos com peso idêntico não representa a relevância que a matéria votada tem para cada indivíduo. O segundo traz relação com o fato de, muitas vezes, a regra da maioria ser arbitrária, através da estratégia utilizada para determinar a ordem de uma votação, pois quem tem o poder de controlar essa ordem consegue determinar o resultado final da votação. Por último, o terceiro motivo consiste na constatação de que o mundo não está bipartido entre maioria e minoria, bipolarização esta que esconde a complexidade da questão, eis que as pessoas são contra ou a favor de algo em diferentes graus.⁶⁰

Também com relação à legitimidade democrática do controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, leciona Luis Roberto Barroso:

É fora de dúvida que a tese da legitimidade do controle de constitucionalidade foi amplamente vitoriosa, assim no debate acadêmico como na prática jurisprudencial, sem embargo da sucessão de períodos de maior ou menor ativismo judicial. Seu êxito deveu-se a argumento de lógica aparentemente irrefutável. Dentre eles, alinham-se alguns a seguir. A Constituição, obra do poder constituinte originário e expressão mais alta da soberania popular, está acima do poder constituído, subordinando inclusive o legislador. Se a Constituição tem status de norma jurídica, cabe ao Judiciário interpretá-la e aplicá-la. Ainda quando decida conflitos de natureza política, os critérios e métodos dos órgãos judiciais e das cortes constitucionais são jurídicos. Em uma preposição: o Judiciário, ao interpretar as normas constitucionais, revela a vontade do constituinte, isto,

⁵⁹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

⁶⁰ PEIXOTO, Geovane. **Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Salvador: JUSPODIVM, 2013, p. 152-153.

é, do povo, e a faz prevalecer sobre a das maiorias parlamentares eventuais.⁶¹

Mauro Cappelletti também toca no assunto, trazendo cinco argumentos contrários à ideia de falta de legitimação democrática do ativismo judicial (“direito jurisprudencial”): a) O primeiro argumento é o de que os membros dos Poderes Executivo e Legislativo, embora responsáveis perante o povo, nunca constituem, diferentemente do Judiciário, perfeito paradigma de democracia representativa, estando estes poderes, muitas vezes, preocupados com outros interesses, que não a vontade do povo, ou pelo menos da maioria dele; b) O segundo argumento é o de que o Poder Judiciário não é inteiramente privado de representatividade, em razão, por exemplo, da necessidade de os Tribunais Superiores, diferentemente dos Legisladores, explicarem por escrito as razões das suas decisões, sujeitando-se, portanto, a um grau de exposição ao público e de controle por parte da coletividade; c) O terceiro argumento é o de que os Tribunais Superiores podem contribuir com a representatividade geral do sistema, em razão da possibilidade de acesso ao *judicial process* de grupos que não teriam condições de obter acesso ao *political process*, ou seja, que não são representados pelos Poderes Legislativo e Executivo; d) O quarto argumento é o de que o “sentimento de participação” pode ser mais facilmente desviado pelo processo legislativo, através da burocracia, do que pelo processo judiciário, no qual os cidadãos têm o poder de iniciar o processo, determinando seu conteúdo, tendo, ainda, o direito fundamental de serem ouvidos; e) O quinto, e último, argumento é o de que a democracia não pode ser reduzida a uma simples *Idea majoritária*, ou seja, um Judiciário independente, desvinculado da vontade da maioria, pode ser mais eficiente para a concretização de direitos e liberdades fundamentais.⁶²

Então, pode-se concluir que *a Constituição Federal representa uma garantia democrática em face de decisões majoritárias e o Poder Judiciário é responsável pela aplicação dessa contensão democrática, responsável por zelar pela aplicação da Constituição, através da jurisdição constitucional.*

A própria sociedade aceita, através de um contrato social moderno (a Constituição), os limites e imposições à atuação do poder público na concretização dos direitos

⁶¹ BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 55.

⁶² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 94-107.

sociais (e quando esses direitos estão relacionados à política, os limites à própria política). Então, quando a política se volta para a concretização de direitos, não há como não haver uma “judicialização da política”, já que essas duas ciências (Direito e Política) caminham juntas na busca de um objetivo em comum.

Sendo assim, os Poderes Executivo e Legislativo devem estar subordinados à Constituição e quem garantirá a existência dessa subordinação é o Judiciário que, por suas características peculiares e pela demanda de um conhecimento técnico jurídico específico, não é representante imediato do povo, na medida em que seus membros não foram eleitos para tanto, mas, indiretamente, representam o povo na fiscalização do cumprimento dos dizeres de uma Constituição repleta de direitos sociais.

O ativismo judicial, portanto, visto sob a ótica de exercício da jurisdição constitucional, não entra em conflito com a democracia. Aqui, importa transcrever trecho das lições de Gustavo Binbenbojm:

Em semelhante contexto, no qual a Constituição é concebida como *norma jurídica*, não há maiores dificuldades em justificar, dentro do sistema da separação de poderes, a atuação da jurisdição constitucional sob o prisma da sua legitimidade. O raciocínio silogístico é perfeito: (a) a Constituição é uma norma jurídica, superior a todas as demais; (b) ao Judiciário, no Estado de Direito, cabe aplicar as normas jurídicas, velando pela imperatividade dos seus efeitos; (c) ao Judiciário cabe, assim, aplicar diretamente as normas constitucionais, velando pela prevalência de seus efeitos sobre todas as demais normas do ordenamento jurídico.⁶³

4.2.1 Projeto de Emenda à Constituição (PEC) 33

Tramita, atualmente, no Congresso Nacional, um Projeto de Emenda à Constituição que pretende limitar a atuação do Supremo Tribunal Federal. Se aprovada, a PEC 33/2011, de autoria do deputado federal Nazareno Fonteles, representará uma reação do Poder Legislativo ao ativismo judicial desenvolvido pelo Supremo nos últimos anos. Basicamente, o projeto busca condicionar a produção de efeitos das decisões que declaram a inconstitucionalidade de uma emenda à Constituição e das decisões que editam súmulas vinculantes à aprovação do Congresso Nacional. Além

⁶³ BINENBOJM, Gustavo. **A Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional Brasileira.** In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional.** Salvador: JUSPODIVM, 2006, p.166.

disso, a proposta busca aumentar o quórum exigido para a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, bem como de uma súmula vinculante⁶⁴.

Se aprovada, a PEC 33 representará um limite à atuação ativista do Supremo Tribunal Federal, eis que o julgamento das Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade e a edição das Súmulas Vinculantes são importantes mecanismos que o STF possui para proferir decisões ativistas, instrumentos esses que ficariam mais difíceis de serem utilizados com o aumento do quórum e a necessidade de apreciação do Congresso Nacional.

Os que defendem a aprovação da PEC 33 o fazem afirmando que o Congresso Nacional, por representar diretamente, através do voto universal, o povo brasileiro, seria o órgão mais legitimado para decidir, em última instância, sobre a alteração ou não da Constituição, bem como sobre os efeitos de uma súmula, editada pelo Supremo Tribunal Federal, que atingirá todos os órgãos do poder público, seja Judiciário, Legislativo ou Executivo.

Ora, com a devida vênia, é preciso discordar desse posicionamento, lembrando que “maioria” não se confunde com “democracia”. Se é certo que o Congresso Nacional exerce um papel de suma importância na democracia representativa brasileira, através dos seus membros, que representam diversos setores da sociedade, também é certo que o Congresso não é órgão mais bem preparado para decidir sobre a inconstitucionalidade de uma lei (no caso, de uma emenda à Constituição) ou sobre os efeitos de uma Súmula. Isso se dá não em razão dos problemas éticos pelos quais a Casa Legislativa passa, que culminam em uma grande aversão do povo brasileiro. Não podemos cair nesse reducionismo, até porque o que se está em discussão na PEC 33/2011 é algo muito mais amplo, que não atinge somente os membros atuais do Congresso Nacional. O fato é que, como já visto, o Poder Legislativo nunca conseguirá representar todas as camadas da sociedade, de sorte que sempre existirão grupos de pessoas sem voz no Parlamento. Em razão disso,

⁶⁴ Atualmente, o quórum para a declaração de inconstitucionalidade, através do controle concentrado de constitucionalidade do STF, de uma lei ou ato normativo é o da maioria absoluta dos membros do Tribunal, ou seja, seis ministros. A PEC 33 tenta aumentar esse quórum para 80% dos membros do STF, ou seja, nove ministros. Quanto ao quórum para edição de Súmula Vinculante, que atualmente é de 2/3 dos ministros, ou seja, oito ministros, a PEC 33 tenta transformá-lo em 4/5, o que corresponderia a nove ministros do STF.

como já visto neste trabalho, o Poder Judiciário, utilizando da técnica jurídica, é o mais indicado para a defesa da Constituição.⁶⁵

A Constituição Federal de 1988 é o instrumento que a sociedade brasileira tem para exercer a árdua tarefa de diminuir as desigualdades sociais, distribuindo renda e concretizando direitos fundamentais. A partir disso, parece ilógico suprimir competência do Supremo Tribunal Federal, que se consolidou, pós-1988, como verdadeiro guardião da Constituição. Se estamos diante de um período histórico em que o Poder Judiciário ganhou mais destaque ante os outros dois poderes, isso se dá por um emaranhado de conjunturas, que podem ser resumidas na expressão “neoconstitucionalismo”, como já visto no primeiro capítulo deste trabalho. Esse destaque, se forem observados limites à atuação do Judiciário, como os aqui foram propostos, não macula o Estado Democrático de Direito, pelo contrário, reforça suas premissas.

Em síntese, conclui-se que a PEC 33/2011, pelo menos na parte em que submete algumas decisões do Supremo Tribunal Federal ao crivo do Congresso Nacional, não se coaduna com o Estado Democrático de Direito Brasileiro atual.

4.3 LEGITIMIDADE SOCIAL

O Brasil é um país marcado por profundas desigualdades sociais. A grande maioria da população sofre com a falta de educação, saúde, saneamento básico, infraestrutura, segurança, cultura, esporte, lazer etc. O poder público, responsável por garantir esses direitos ao cidadão, não vem cumprindo de forma satisfatória com esse papel. Isso ocorre por uma série de motivos, dentre os quais se destacam a falta de iniciativa política para resolver as grandes mazelas brasileiras e a falta de recursos financeiros para a implementação de políticas públicas.

A falta de iniciativa é reflexo imediato das más escolhas feitas pela população brasileira durante o processo eleitoral. Políticos que não possuem nenhuma intenção de melhorar a vida dos brasileiros que representa são eleitos aos montes. Muitas

⁶⁵ Ver tópico 4.2 (LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA).

vezes, os verdadeiros interesses relacionados à política são interesses particulares, seja de ascensão financeira ou de influência dos próprios políticos.

É claro que a generalização é sempre burra, devendo ser enaltecidos os inúmeros exemplos de políticos, sejam membros do Poder Executivo, sejam membros do Poder Legislativo, dirigentes na missão de melhor servir a população que representam. Acontece que os maus exemplos acabam por macular a imagem de toda a classe de políticos perante os brasileiros. Os escândalos de corrupção são cada vez maiores, em proporção direta com a desconfiança nos políticos.

A falta de recursos financeiros, por sua vez, está relacionada intimamente com a má gestão do dinheiro público. A usurpação pessoal dos recursos, através dos mecanismos de corrupção, e a falta de controle nos gastos contribuem para a consumição de boa parte do dinheiro que poderia ser investido em políticas públicas de desenvolvimento social do país.

A crise de representatividade dos Poderes Executivo e Legislativo não para por aí. Em muitas situações podemos visualizar que os membros desses dois poderes tomam decisões que beneficiam pequenos grupos sociais, em detrimento da coletividade, com o objetivo de receber contraprestações financeiras ou políticas. É o exemplo de aprovação do Código Florestal Brasileiro, que protege insatisfatoriamente as reservas naturais do nosso país, em face da preservação dos interesses da classe dos grandes ruralistas brasileiros, que enxergam na proteção do meio ambiente um óbice ao desenvolvimento de suas atividades econômicas. Outro exemplo pode ser visualizado na falta de regulamentação legislativa do casamento homoafetivo, que é explicável ante a maioria evangélica/católica do Congresso Nacional, que ainda não enxerga como possível a união entre pessoas do mesmo sexo. Também pode ser destacada a falta de criação do Imposto sobre Grandes Fortunas, que, como o próprio nome já sugere, afetaria o patrimônio de parcela pequena da população, mas que, através do dinheiro, possui influência política considerável.

Diante desse cenário, torna-se imprescindível a atuação ativista do Supremo Tribunal Federal para a concretização dos direitos e garantias fundamentais. A lógica é, mais importante do que verificar quem é competente para a função de concretizá-los, é efetivá-los. Sendo assim, o ativismo judicial, ainda que pudesse ser

considerado injustificável do ponto de vista constitucional ou do ponto de vista democrático, seria socialmente justificável e legítimo.

Essa lógica poder ser explicada através da unidade do Estado, na medida em que não importa através de qual Poder as políticas públicas de concretização dos direitos fundamentais será implementada, desde que haja essa implementação, porque os direitos fundamentais são importantíssimos no cenário de busca da diminuição das desigualdades sociais brasileiras. Ou seja, a concretização dos direitos fundamentais é um fim que se justifica por um número enorme de meios, inclusive através de eventual afronta ao princípio da separação de poderes.

5 LIMITES À ATUAÇÃO ATIVISTA DO STF

A sociedade brasileira, ao longo da sua história, enfrentou muitos períodos nos quais o poder se manifestou como absoluto, a exemplo dos governos dos imperadores (Dom Pedro I e Dom Pedro II) e das ditaduras (de Vargas e militar). Essas experiências não foram positivas, eis que direitos, garantias e liberdades restaram suprimidos em nome da manutenção de uma estrutura de poder. Nesse sentido, grande conquista do final do século XX, quando da introdução do neoconstitucionalismo no Brasil, foi a redemocratização do país, através da consolidação de uma forma de governo baseada na participação de toda a coletividade.

Diante dessa perspectiva, conceder poderes absolutos ao Supremo Tribunal Federal seria como inaugurar um novo tipo de ditadura no Brasil, a ditadura do STF. Não é isso que se defende nesse trabalho, sendo, portanto, de suma importância traçar os limites da atuação ativista desse tribunal, no intuito de termos a jurisdição constitucional realizada da melhor forma possível.

Para Jânio Nunes Vidal:

O debate acerca da legitimação democrática da jurisdição constitucional demanda, portanto, a necessidade de se estabelecerem certos limites para a sua atuação, na tentativa de compatibilizar suas funções com as dos demais órgãos estatais legitimados pela vontade popular.⁶⁶

Este capítulo, portanto, é destinado a traçar os limites da atuação ativista do Supremo Tribunal Federal. Em primeiro lugar, será discutido se as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata no ordenamento jurídico brasileiro, porque, se tiverem, será justificável o ativismo judicial para a concretização desses direitos ou garantias fundamentais. Sendo assim, o Ativismo estaria limitado às situações nas quais estivessem envolvidos esses direitos ou garantias. Em seguida, será analisado o argumento/teoria da Reserva do Possível, e de que forma ele pode representar um limite à atuação do Supremo Tribunal Federal. Para concluir, será trazido à tona um assunto que está, hodiernamente, na pauta das discussões do Direito Constitucional Brasileiro, qual seja a tramitação, no Congresso Nacional, da PEC 33/2011, que, se aprovada,

⁶⁶ VIDAL, Jânio Nunes. **Elementos da Teoria Constitucional Contemporânea**: Estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição. Salvador: JUSPODIVM, 2009, p. 164.

condicionará algumas decisões do STF ao crivo do Poder Legislativo, configurando-se como mais um limite à atuação ativista deste tribunal.

5.1 RESTRIÇÃO A SITUAÇÕES QUE ENVOLVAM DIREITOS OU GARANTIAS FUNDAMENTAIS

O primeiro limite à atuação ativista do Supremo Tribunal Federal diz respeito à necessidade de as decisões ativistas deste tribunal guardarem relação com a concretização do texto da Constituição Federal de 1988. Apesar de possuir outras funções, como já analisado neste trabalho⁶⁷, o Supremo Tribunal Federal é essencialmente um Tribunal Constitucional, revelando-se a partir de 1988 como o grande guardião da Constituição Federal no Brasil. Sendo assim, é preciso que a atuação do Supremo, se porventura vir a ser ativista, que seja em defesa da Constituição, ou seja, que configure uma manifestação da jurisdição constitucional.

O STF só poderá proferir uma decisão ativista, que mitiga o princípio da Separação de Poderes, interferindo no rol de competências dos Poderes Executivo e Legislativo, quando baseado na supremacia e normatividade da Constituição. Somente assim é justificável o ativismo judicial, sob pena de se estar conferindo poderes absolutos ao Poder Judiciário.

Sobre o tema, discorre Emerson Garcia:

Apesar de indiscutível relevância, a intensificação da atuação judicial há de sofrer balizamentos, evitando a paulatina absorção de competências afetas a outras esferas de poder, cuja margem de liberdade é inerente à própria representatividade que ostentam. É da própria essência do sistema que o Tribunal seja instado a valorar atos de cunho nitidamente político (em linha de princípio, qualquer ato emanado do Legislativo possui natureza política): o ponto nodal da temática, no entanto, é identificar a intensidade dessa intervenção, que deve necessariamente preservar as competências dos demais órgãos, limitando-se o Tribunal à desqualificação daqueles atos dissonantes da Constituição.⁶⁸

Além de revelar matéria constitucional, é preciso que a atuação ativista do Supremo Tribunal Federal, para ser considerada legítima, revele relação com a concretização de algum direito ou garantia fundamental. A Constituição Federal, por ser muito

⁶⁷ Vide tópico 3.3.1 (O PROTAGONISMO DO STF PÓS-1988)

⁶⁸ GARCIA, Emerson. **Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Coord.). **Leituras Complementares de Constitucional: Controle de Constitucionalidade**. Salvador: JUSPODYM, 2007, p. 42.

extensa, trata das mais variadas matérias. Por isso, não é possível dizer que a decisão ativista do STF pode ter como base qualquer passagem da Carta Magna, mas, tão somente, as partes que representam a positivação de direitos fundamentais individuais e as garantias constitucionais.

Nesse ponto, importante conceituar o que seriam os direitos fundamentais, expressão tão cara ao Estado Democrático de Direito e tão utilizada neste trabalho. Sobre o assunto, Ingo Sarlet destaca que direitos fundamentais são os direitos do ser humano que são positivados na esfera constitucional de determinado Estado, diferentemente da expressão “direitos humanos”, que guarda relação com os documentos de direito internacional, independentemente da vinculação a qualquer ordem constitucional.⁶⁹

Já Geovane Peixoto, filiando-se a uma perspectiva menos positivista, mais preocupada com o conteúdo do direito do que com o local onde ele está positivado, acredita que direitos fundamentais são aqueles que dizem respeito a todos os seres humanos, considerando, por isso, as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” sinônimas.⁷⁰

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins também conceituam os direitos fundamentais:

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.⁷¹

Para os objetivos do presente trabalho e dentro da realidade brasileira, *os direitos fundamentais serão conceituados como sendo os direitos dos seres humanos inseridos na Constituição Federal de 1988, ou que, sendo decorrentes de tratados internacionais, sejam aprovados com status de Emenda Constitucional (em dois turnos, em cada casa do Congresso Nacional, por três quintos dos seus membros,*

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 29.

⁷⁰ PEIXOTO, Geovane. **Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Salvador: JUSPODIVM, 2013, p. 25-38.

⁷¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 41.

nos termos do art. 5º, § 3º da CF/88⁷²), sendo a concretização destes, por sua relevância, principal objetivo do Estado Democrático de Direito Brasileiro, na busca da erradicação/diminuição das desigualdades sociais deste país.

Formulado o conceito de direitos fundamentais, torna-se interessante adentrar em uma questão polêmica na doutrina jurídica brasileira, referente à aplicabilidade imediata (ou não) dos direitos e garantias fundamentais. O art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988 estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.⁷³ A partir disso, os autores discutem se esse dispositivo deve ser interpretado literalmente, situação que levaria ao reconhecimento de que não podemos falar em normas programáticas quando tratamos de direitos e garantias fundamentais.

Elival da Silva Ramos, por exemplo, defende que os direitos fundamentais podem representar normas programáticas, não podendo o Poder Judiciário, nestes casos, impor a aplicação imediata destas normas:

Não é dado ao Poder Judiciário definir, discricionariamente, o nível de eficácia de norma constitucional, em sede de direitos fundamentais ou não. Se a análise dos elementos interpretativos pertinentes, com destaque, na espécie, para os de ordem sistemática, histórica e teleológica, bem como, secundariamente, para os dados extraídos da realidade material, indica a natureza programática da norma-matriz, não é lícito à Corte Constitucional, sob o argumento da fundamentabilidade do direito nela expresso, conjugando com referências genéricas ao princípio da força normativa, ignorar a opção prescritiva adotada, inequivocadamente, pela Constituição, a qual torna dependente de providências integrativas de amplo espectro (que vão da formulação de políticas públicas adequadas à sua cabal execução, abrangente de medidas legislativas, administrativas – normativas e não normativas – e orçamentárias) a implementação efetiva do direito contemplado.⁷⁴

Sobre a temática, Ingo Sarlet destaca que a melhor interpretação do art. 5º, § 1º, da CF/88, deve ser a de que este representa uma norma de cunho principiológico, que não comporta o modelo de interpretação tudo ou nada (subsunção), típico da aplicação das normas-regras. Desta forma, o dispositivo impõe ao poder público a tarefa de reconhecer a maior eficácia possível aos direitos e garantias fundamentais, existindo uma presunção em favor da

⁷² BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art. 5º [...] § 3º: 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

⁷³ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**.

⁷⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 266.

aplicabilidade imediata desses, que só poderia ser afastada em face de justificativa e fundamentação, em caráter excepcional.⁷⁵

Com todo respeito ao posicionamento do professor Elival da Silva Ramos, parece que a melhor interpretação do art. 5^a, § 1^o, da Constituição Federal, é aquela dada pelo professor Ingo Sarlet, na medida em que a análise da questão deve ser feita diante do caso concreto, não sendo sempre possível aplicar diretamente as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, principalmente em razão do argumento da Reserva do Possível, como será mais bem analisado no próximo item, mas reconhecendo-se que existe uma presunção de que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata no ordenamento jurídico brasileiro.

Dirley da Cunha Júnior também defende a natureza principiológica da norma constitucional que define que os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata no direito brasileiro, nestes termos:

Demais disso, também considerando o método histórico de interpretação do art. 5^o, § 1^o, da CF, e consciente de que deve o jurista perseguir no sistema normativo, até a exaustão, todas as potencialidades dos comandos normativo-constitucionais, notadamente o ora sob investigação, firmamos nossa posição em favor da direta e imediata aplicação de todas as normas definidoras de direitos fundamentais, independentemente de qualquer *interpositio legislatoris*, que é até desnecessária. Isso significa que a norma-princípio do art. 5^o, § 1^o, da Constituição Federal, tem por finalidade irrecusável propiciar a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais, sem necessidade de qualquer intermediação concretizadora, assegurando, em última instância, a *plena justiciabilidade* destes direitos, no sentido de sua imediata exigibilidade em juízo, quando omitida qualquer providência voltada à sua efetivação.⁷⁶

Nesse ponto, também mostra-se interessante trazer o posicionamento de Maria do Socorro Azevedo de Queiroz, para quem existe diferença entre as normas definidoras de direitos fundamentais, as quais possuem aplicabilidade imediata, por força do tantas vezes citado art. 5^o, § 1^o, da CF/88, e as normas programáticas, que trazem consigo expressões como “a lei estabelecerá”, “a lei regulará” e “a lei disporá”, as quais não geram um direito subjetivo à prestação, mas sim à edição de lei regulamentadora por parte do Poder Legislativo. As primeiras (normas definidoras de direitos fundamentais) geram verdadeiros direitos

⁷⁵SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 278-279.

⁷⁶ DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais**. Salvador: JUSPODIVM, 2006, p.255.

subjetivos dos indivíduos, que podem ser pleiteados judicialmente, ante a inércia do Poder Executivo.⁷⁷

José Carlos Vasconcellos dos Reis acredita que o controle jurisdicional dos atos do Poder Público se mostra necessário, mesmo diante dos atos discricionários, ou seja, daqueles que conferem alguma liberdade de escolha a quem pratica o ato, quando esse controle tiver por objetivo garantir a satisfação das situações jurídicas subjetivas de vantagens oriundas das normas programáticas constitucionais, eis que a violação a estas normas configura ilegalidade, passível de ser levada ao Poder Judiciário pelo prejudicado legitimado.⁷⁸

Sendo assim, em síntese, o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal se legitima no momento em que existe a violação ou ameaça de violação de algum direito fundamental, em caso de não haver justificativa convincente e excepcional para a não concretização de tal direito. Essa situação afastaria a presunção de aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, eis que a concretização destes é argumento suficiente para a mitigação do princípio da separação de poderes, com a interferência do Judiciário no regime de competências dos outros dois poderes, seja devido à importância da efetivação dos direitos fundamentais no Brasil, seja pelo reconhecimento do princípio da aplicação imediata destes, nos termos do art. 5^a, § 1^a da Constituição Federal de 1988.

5.2 RESERVA DO POSSÍVEL

Um dos mais fortes argumentos contrários à atuação ativista do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, sem dúvida está relacionado à teoria da Reserva do Possível, nas ocasiões em que a decisão ativista reflete em algum gasto financeiro do Estado, principalmente na imposição de ações ao Poder Executivo no cumprimento de políticas públicas. Em suma, a teoria da Reserva do Possível dispõe que a imposição de atitudes aos Poderes Executivo e Legislativo deve observar, na concretização de direitos e garantias fundamentais, a finitude de

⁷⁷ DE QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo. **Judicialização dos Direitos Sociais Prestacionais: A Efetividade pela Interdependência dos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira**. Curitiba: Juruá, 2011.

⁷⁸ DOS REIS, José Carlos Vasconcellos. **As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 223-232.

recursos financeiros do Estado, que não possui condições de implementar todos os programas constitucionais previstos.

Sobre a Reserva do Possível, discorre Ana Paula de Barcelos:

A expressão *reserva do possível* procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado - e em última análise da sociedade -, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo.⁷⁹

O Poder Executivo, à guisa de exemplo, poderia alegar que, embora o Poder Judiciário tenha lhe imposto a concretização de algum direito fundamental, não existem verbas suficientes para tal provimento.

Em que pese a força que essa teoria ganhou nas últimas décadas em todo o mundo, ela não se encaixa perfeitamente à realidade brasileira. Como bem destaca Rosângela Rodrigues Dias de Lacerda, a importação da Reserva do Possível, originária da Jurisprudência alemã, pode significar uma tragédia no Brasil, país em que o *Welfare State* sequer chegou a ser implantado. A autora cita ainda que o argumento da Reserva do Possível perde credibilidade porque, muitas vezes, a alegação de falta de recursos mascara a realidade de falta de interesse político.⁸⁰

Dirley da Cunha Júnior também vê com ressalvas a importação da teoria da Reserva do Possível para o direito brasileiro, eis que a pertinência do traslado de teorias jurídicas desenvolvidas em países de bases cultural, econômica, social e histórica distintas é extremamente duvidosa. O autor acredita que, enquanto a Alemanha (país onde se originou a teoria da Reserva do Possível) é um país central, no qual já existe um padrão ótimo de bem-estar social, o Brasil ainda é um país periférico,

⁷⁹ DE BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 236-237.

⁸⁰ DE LACERDA, Rosângela Rodrigues Dias. **Parâmetros para Controle Judicial de Políticas Públicas**. In: Revista Baiana de Direito n. 6 Salvador 2012, p. 206-207.

onde milhões de pessoas são desprovidas de condições mínimas para uma existência digna.⁸¹

De fato, as ideias trazidas pelos dois últimos autores citados devem ser levadas em consideração. O Brasil, segundo dados do Fundo Monetário Internacional, vai terminar o ano de 2015 como a oitava maior economia do mundo⁸². Além disso, a carga tributária brasileira é uma das maiores do planeta, de forma que as empresas e pessoas físicas brasileiras já pagaram cerca de 800 bilhões de reais em tributos em 2015⁸³. Entretanto, do ponto de vista social, o Brasil ainda não conseguiu se desenvolver satisfatoriamente. A população brasileira sofre constantemente com a falta de saneamento básico, educação, saúde, segurança, lazer etc., o que faz o país ostentar somente a 85ª colocação no ranking de Índice de Desenvolvimento Humano⁸⁴. Diante dessa realidade, o argumento da Reserva do Possível não pode ser invocado com tanta força, pois é nítido que as receitas públicas não são empregadas de forma correta, já que um rol mínimo de direitos fundamentais ainda não foi concretizado para a maior parte da população brasileira.

Em suma, a Reserva do Possível, no Brasil, deve ser analisada com ressalvas. Primeiramente porque é nítida a impressão de que as receitas públicas não são empregadas da melhor forma possível. Os vultosos gastos com propaganda, corrupção, obras desnecessárias, grandes eventos públicos etc., contradizem o argumento de que não existem recursos financeiros suficientes para a implementação de algum direito fundamental.

Entretanto, existem situações em que realmente é razoável que o argumento da Reserva do Possível seja utilizado pelo Poder Público para justificar a impossibilidade de concretização de um direito fundamental. Podemos visualizar muitos exemplos no ramo da saúde, onde cresce assustadoramente o número de casos de pessoas que recorrem ao Poder Judiciário com o objetivo de terem reconhecido o direito de receberem do Estado tratamentos médicos, cirurgias e

⁸¹ DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais**. Salvador: JUSPODIVM, 2006, p. 285-286.

⁸² Dado extraído do site: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/05/brasil-deve-cair-para-8-posicao-em-ranking-de-maiores-pibs-mostra-fmi.html>. Acesso em: 27 mai. 2015.

⁸³ Dado extraído do site: <http://www.impostometro.com.br/posts/carga-tributaria-brasileira>. Acesso em: 27 mai. 2015.

⁸⁴ Dado extraído do site: <http://noticias.uol.com.br/infograficos/2013/03/14/brasil-fica-na-85-posicao-no-ranking-mundial-de-idh-veja-resultado-de-todos-os-paises.htm>. Acesso em: 27 mai. 2015.L

medicamentos. Ocorre que muitas vezes essas prestações médicas não são nada baratas, situação que impõe um ônus muito grande ao Estado. Esse fenômeno passou a ser chamado de Judicialização da Saúde e ganhou espaço enorme nas discussões acadêmicas, tanto na seara da medicina, quanto na jurídica. Esse tema já foi analisado nesse trabalho, na sessão reservada aos exemplos de decisões ativistas do Supremo Tribunal Federal.

A maior questão que se verifica é: qual é o limite de preço das prestações de saúde impostas pelo Poder Judiciário ao Poder Executivo, tendo em vista a possibilidade de o valor pago com essas prestações comprometer a formulação de políticas públicas gerais na área de saúde e em outras áreas, que atingiriam um número maior de indivíduos?

Essa discussão, específica da área da saúde, pode ser importada para todas as áreas, revelando a necessidade de se estabelecer limites à atuação ativista do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, tema deste trabalho, na imposição de políticas públicas ao Poder Executivo, limites esse que impediriam a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, como já visto no tópico anterior.

A situação é polêmica, eis que diversas são as opiniões sobre o assunto. Clara Cardoso Machado, por exemplo, acredita que:

Impõe-se como limite à intervenção judicial nas escolhas orçamentárias a observância de regras e princípios constitucionais que regem os gastos públicos. As vedações expressas no art. 167, CF/88, que proíbem o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual ou mesmo a realização de despesas que excedem os créditos orçamentários, sob pena de constituir crime de responsabilidade (art. 85, VI, CF/88), precisam ser levadas em consideração pelo Judiciário no momento de exigir a efetivação de direitos fundamentais sociais⁸⁵

Ana Paula de Barcellos destaca três parâmetros para a realização do controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Seriam eles: a) parâmetros objetivos, relacionados com a quantidade, absoluta ou relativa, de recursos que devem ser empregados na realização de determinadas finalidades constitucionais, quantidade esta imposta pela própria Constituição (por exemplo, art. 212 da CF/88⁸⁶); parâmetro

⁸⁵ MACHADO, Clara Cardoso. **Limites ao Ativismo Judicial à Luz do Constitucionalismo Fraterno**. In: Revista Baiana de Direito n. 5 Salvador 2011, p. 71.

⁸⁶ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da

construído a partir do que o Texto Constitucional diz respeito sobre o resultado final esperado da atuação estatal, a exemplo da obrigação de o estado oferecer à população, gratuitamente, educação fundamental (art. 208, I, da CF/88⁸⁷); e parâmetro construído a partir da definição do meio através do qual as políticas públicas serão implementadas.⁸⁸

A melhor conclusão sobre o assunto é aquela a que chegam João Agnaldo Donizeti Gandini, Samantha Ferreira Barione e André Evangelista de Souza:

Não há dúvida de que a ponderação de interesses, feita nas particularidades de cada caso concreto, é a melhor forma de se aferir o grau de imprescindibilidade da concessão da tutela pelo Poder Judiciário. Nos casos em que ficar constatada a urgência da medida jurisdicional, o argumento da reserva do possível deverá ceder para que a saúde e a integridade do paciente sejam preservadas.⁸⁹

Na mesma linha de raciocínio, Arcênio Brauner destaca que cabe ao Poder Público, especialmente em razão da norma contida no art. 5, § 1º, da Constituição Federal, o ônus da comprovação efetiva da falta de recursos necessários à satisfação de direitos fundamentais, revelando, com isso, que o argumento da Reserva do Possível não poder ser utilizado indiscriminadamente pelo Estado, mas sempre, em atenção ao caso concreto, justificadamente.⁹⁰

De fato, como estão em jogo dois princípios, o da aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais e o da reserva do possível, eventual conflito entre eles deve ser resolvido tão somente diante do caso concreto, através da conhecida técnica da ponderação de interesses, de maneira que não é possível traçar um limite, aprioristicamente, do que seria aceitável em termos de prestações custosas ao

receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

⁸⁷ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

⁸⁸ DE BARCELLOS, Ana Paula. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 3. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2008, p.142-148.

⁸⁹ GANDINI, João Agnaldo Donizeti. BARIONE, Samantha Ferreira. DE SOUZA, André Evangelista. **A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=4182&n_link=revista_artigos_leitura#_ftnref18. Acesso em: 04 jun. 2015.

⁹⁰ BRAUNER, Arcênio. **O Ativismo Judicial e sua Relevância na Tutela da Vida**. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JUSPODIVM, 2011, p. 606.

Estado. Porém, essa ponderação deve sempre levar em consideração a realidade brasileira, na qual um rol mínimo de direitos fundamentais não é garantido à população, que sofre sem condições mínimas de existência digna, em contraposição ao texto da Carta Constitucional de 1988, que é considerado uma referência quando o assunto é a quantidade de direitos fundamentais positivados. Ou seja, o argumento da Reserva do Possível deverá ser utilizado em caráter excepcional, quando ficar claramente demonstrado que não é viável financeiramente para o Estado garantir algum direito.

6 CONCLUSÃO

A despeito das críticas dispensadas ao ativismo judicial, este fenômeno representa, somente, o exercício da função estatal cabível ao Poder Judiciário, de uma forma mais intensa, qual seja, o exercício da jurisdição constitucional. Então, não há razão para se falar em “governo dos juízes” ou supressão da democracia com a aplicação do ativismo judicial, na medida em que ele, quando visto sob a perspectiva aqui desenvolvida, representa uma importante e necessária atuação do poder judiciário na concretização de direitos e garantias fundamentais, totalmente em conformidade com os ditames constitucionais e com o princípio da democracia e da separação dos poderes.

O fortalecimento da discussão acerca do ativismo judicial nos últimos anos se dá, principalmente, pela mudança de postura do Poder Judiciário diante da necessidade de concretização de direitos. Essa mudança de postura ocorre em razão de um amadurecimento natural da Norma Constitucional. É preciso lembrar que o Brasil se inseriu no contexto mundial do neoconstitucionalismo, com a CF/88, muito recentemente. São apenas 26 anos de uma Constituição que há pouco se tornou ‘adulta’. Fora isso, algumas experiências vividas durante o século XX são diametralmente opostas aos valores da Constituição Cidadã de 1988, destacando-se dois longos períodos de ditadura (Ditadura de Vargas e Ditadura Militar).

Então, o que se verifica hoje no Poder Judiciário é tão somente a assumida de prerrogativas, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, antes nunca assumidas nesse país e que, de certa forma, retratam a vontade do constituinte de 1988, na medida em que a jurisdição constitucional e os métodos de controle de constitucionalidade foram previstos no Texto Maior.

É importante reconhecer que o ativismo judicial não representa um protagonismo injustificado do poder judiciário. Existe toda uma lógica por trás da assumida de uma posição mais ativa do Judiciário na concretização de direitos e garantias fundamentais. A lógica é: em um contexto jurídico de vigência de uma Constituição normativa “encharcada” de direitos fundamentais, o Poder Judiciário deve zelar pelo cumprimento destes (como zelaria pelo cumprimento de qualquer norma vigente), julgando as ações e inações do Poder Executivo e Legislativo, e, por isso, adquirindo uma função social importante. Cumpre salientar que essa atuação nada

mais é do que o cumprimento de funções designadas na própria CF. Ou seja, não foi o Poder Judiciário que criou a jurisdição constitucional e os mecanismos de controle de constitucionalidade, e sim o próprio povo brasileiro, representado democraticamente pelo constituinte originário.

Sendo assim, o sentido da expressão “ativismo judicial” adotado por esse trabalho é extremamente técnico, não sendo influenciado pelos vícios do senso comum, que relacionam os excessos praticados por juízes com a expressão aqui trabalhada. Ativismo Judicial, aqui, não é sinônimo de decisionismo judicial. Sinteticamente, até porque este não é o tema aqui tratado, decisionismos estão relacionados à falta de fundamentação das decisões judiciais, correspondendo, portanto, às arbitrariedades do Poder Judiciário. Torna-se claro que o ativismo judicial, como estudado aqui, é plenamente justificável e fundamentado, sob a ótica da existência de uma jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Reconhecer o papel do Judiciário na concretização dos direitos e garantias fundamentais é imprescindível na busca pela diminuição das desigualdades sociais no Brasil. Do ponto de vista formal, não existe nenhum obstáculo para uma atuação mais intensa desse Poder do Estado, inclusive interferindo minimamente em atribuições dos outros dois Poderes, na medida em que esta atuação é constitucionalmente legitimada pelos mecanismos da jurisdição constitucional e socialmente necessária.

Entretanto, é preciso reconhecer que existem limites à atuação ativista do Supremo Tribunal Federal, dos quais, entre os mais importantes, se destaca a vinculação à Constituição, a correspondência fática com os direitos e garantias fundamentais, e a reserva do possível.

Então, em suma, o ativismo judicial, que *consiste em uma atuação mais proativa do Poder Judiciário, assumindo funções que lhe são inerentes, fruto das novas tendências do Estado Democrático de Direito Brasileiro, principalmente a supremacia e a normatividade da Constituição, os novos mecanismos de controle de constitucionalidade e a judicialização da política, tendo como objetivo a concretização dos direitos e garantias fundamentais e possivelmente ingressando no regime de competências dos outros dois poderes do Estado (Executivo e Legislativo), sem, com isso, afrontar o princípio da separação dos poderes, que deve*

ser interpretado constitucionalmente, é legitimado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, desde que não exista algum argumento, suficientemente razoável, contrário a essa prestação, como é o exemplo da finitude de recursos financeiros do Estado.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. “**Neoconstitucionalismo**”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO Marcelo (orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JUSPODIVM, 2011

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. “**Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**”.

Disponível em:

http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf. Acesso em 10 mai. 2015

_____. “**Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**”.

Disponível em:

http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 16 nov. 2014.

BINENBOJM, Gustavo. **A Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional Brasileira**. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional**. Salvador: JUSPODIVM, 2006, p.166.

_____. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRAUNER, Arcênio. **O Ativismo Judicial e sua Relevância na Tutela da Vida**. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO Marcelo (orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JUSPODIVM, 2011. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**.

_____. **Código Penal de 1940**.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.668.722/RS**. Primeira Turma. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Ana Janaina Rosa da Rosa (representada por Ana Lúcia Rosa da Rosa). Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DJ 27 ago. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4758737>>. Acesso em: 05 mai. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.550.530/PR**. Segunda Turma. Agravante: Autarquia Municipal de Saúde - AMS. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Min.

Joaquim Barbosa. Brasília, DJ 26 jun. 2012. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2555288>>.
Acesso em: 05 mai. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.607.381/SC**. Primeira Turma. Agravante: Estado de Santa Catarina. Agravado: Ruth Maria da Rosa. Relator: Min. **Luiz Fux**. Brasília, DJ 31 mai. 2011. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624235>>.
Acesso em: 05 mai. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.175/CE**. Plenário. Agravante: União. Agravados: Ministério Público do Estado do Ceará, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza e Estado do Ceará. Relator: Min. Presidente Gilmar Mendes. Voto do Min. Celso de Mello. Brasília, DJ 17mar. 2010. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>.
Acesso em: 05 mai. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 410.715-5/SP**. Segunda Turma. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Presidente Celso de Mello. Voto do Min. Celso de Mello. Brasília, DJ 22 nov. 2005. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>>.
Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 384.201-3/SP**. Primeira Turma. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Marco Aurélio. Voto do Min. Marco Aurélio. Brasília, DJ 26 abr. 2007. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474704>>.
Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula Vinculante n. 11.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARDOSO, Oscar Valente. **Ativismo Judicial: Conceitos e Preconceitos**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, nº 129.

DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais**. Salvador: JUSPODIVM, 2006.

_____. DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Ativismo Judicial e a Concretização dos Direitos Fundamentais**. In: Revista Baiana de Direito n. 5. Salvador, 2011.

_____. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática.** 7. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JUSPODIVM, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes.** 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade.** São Paulo: Saraiva, 2009.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional.** 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

DE BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas.** In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.** 3. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2008.

DE LACERDA, Rosangela Rodrigues Dias. **Parâmetros para Controle Judicial de Políticas Públicas.** In: Revista Baiana de Direito n. 6. Salvador: 2012.

DE PAULA, Daniel Giotti. **Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política.** In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO Marcelo (orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial.** Salvador: JUSPODIVM, 2011.

DE QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo. **Judicialização dos Direitos Sociais Prestacionais: A Efetividade pela Interdependência dos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira.** Curitiba: Juruá, 2011.

DIMOULIS, Dimitri. **Anotações sobre o “neoconstitucionalismo” (e sua crítica).**

Disponível:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2856/WP17.pdf?sequence=1>. Acesso em: 04 jun. 2015.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

DOS REIS, José Carlos Vasconcellos. **As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado.** Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

FREIRE, Ricardo Maurício. **Direito, Justiça e Princípios Constitucionais.** Salvador: JUSPODIVM, 2008.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti. BARIONE, Samantha Ferreira. DE SOUZA, André Evangelista. **A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências.** Disponível em:<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=4182&n_link=revista_artigos_leitura#_ftnref18. Acesso em: 04 jun. 2015.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; DE SOUZA, André Evangelista. **A efetivação dos direitos sociais à saúde e à moradia por meio da atividade conciliadora do Poder Judiciário.** In: SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010.

GARCIA, Emerson. **Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática.** In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Coord.). **Leituras Complementares de Constitucional: Controle de Constitucionalidade.** Salvador: JUSPODYM, 2007.

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

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LEAL, Saul Tourinho. **A nova face da jurisdição constitucional brasileira.** In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO Marcelo (orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial.** Salvador: JUSPODIVM, 2011.

MACHADO, Clara Cardoso. **Limites ao Ativismo Judicial à Luz do Constitucionalismo Fraternal.** In: Revista Baiana de Direito n. 5 Salvador 2011.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. **Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal.** Revista de Direito do Estado, ano 5, nºs 19-20, jul/dez 2010.

PAIVA, Paulo. **Juristocracia?** In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO Marcelo (orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial.** Salvador: JUSPODIVM, 2011.

PEIXOTO, Geovane. **Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional.** Salvador: JUSPODIVM, 2013.

PIRES, Thiago Magalhães. **Pós-positivismo sem trauma: O Possível e o Indesejável no Reencontro do Direito com a Moral.** In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial.** Salvador: JUSPODIVM, 2011.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Ativismo Judicial:** Autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? *In:* FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO Marcelo. (orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial.** Salvador: JUSPODIVM, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais:** Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 12. ed. rev., atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermeneutica:** uma nova crítica do Direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Verdade e Consenso:** Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. São Paulo: Saraiva, 2014.

VIDAL, Jânio Nunes. **Elementos da Teoria Constitucional Contemporânea:** Estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição. Salvador: JUSPODIVM, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia.** Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2015.