

## O ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### EL ACTIVISMO JUDICIAL Y LA EFECTIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

**Leonardo Siqueira De Pretto<sup>i</sup>**

**Ellen Carina Mattias Sartori<sup>ii</sup>**

**Resumo:** Na Constituição de 1988, os direitos fundamentais receberam especial dignidade, não apenas quanto à hierarquia normativa superior, mas principalmente pelo fato de que o art. 5º, §1º da Carta Magna estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”. O presente artigo propugna pela concretização dos direitos fundamentais a partir da atuação do Poder Judiciário. Neste sentido, pretende-se demonstrar a relevância da interpretação para a efetividade dos direitos fundamentais. Trata, ainda, da atuação do Poder Judiciário pós-Constituição de 1988 e de conceitos relacionados ao denominado “ativismo judicial”, tecendo críticas e estabelecendo limites à atuação judicial, mas sempre tendo como parâmetro a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Máxima Efetividade. Ativismo Judicial.

**Resumen:** En la Constitución de 1988, los derechos fundamentales recibieron especial dignidad, no sólo en cuanto a la jerarquía normativa superior, sino principalmente por el hecho de que lo Artículo 5º, § 1º de la Carta Magna establece que “las normas definitorias de los derechos fundamentales tienen aplicabilidad inmediata”. El presente artículo propugna por la concretización de los derechos fundamentales a partir de la actuación del Poder Judicial. En este sentido, objetivase demostrar la relevancia de la interpretación para la efectividad de los derechos fundamentales. Trata, aunque, de la actuación del Poder Judicial después de la Constitución de 1988 y de conceptos relacionados al denominado “activismo judicial”, tejiendo críticas y estableciendo límites para la actuación judicial, pero siempre teniendo como parámetro la máxima efectividad de los derechos fundamentales.

---

<sup>i</sup> Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru/SP – ITE. Oficial de Registro de Imóveis do Estado de São Paulo.

<sup>ii</sup> Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru/SP – ITE. Pós-graduada *Lato sensu* (Especialização) em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Advogada.

**Palabras Clave:** Derechos fundamentales. Máxima Efectividad. Activismo Judicial.

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 pode ser considerada marco maior de uma história bem sucedida: a transição de um Estado autoritário, marcado pela intolerância, para um Estado Democrático de Direito. No âmbito dos direitos fundamentais, a Carta de 1988 deu-lhes especial proeminência. Passados mais de vinte e cinco da sua promulgação, em relação aos direitos fundamentais de defesa é plausível dizer - sendo um tanto otimista - que estes já se incorporaram ao panorama político-jurídico do país; já no tocante aos direitos fundamentais prestacionais, o caminho tem-se mostrado mais árduo.

A Carta de 1988 reduziu ainda o desequilíbrio entre os três Poderes da República que, no período precedente, haviam sofrido abalo com a hipertrofia do Poder Executivo. A nova ordem constitucional, contudo, embora tenha largueado significativamente as competências do Legislativo em relação à ordem precedente, criou uma celeuma entre este e o Poder Judiciário. Embasada pelo neoconstitucionalismo, a Constituição de 1988 fortaleceu a autonomia e a independência do Poder Judiciário, atribuindo, inclusive, o título de “Guardião da Constituição” ao Supremo Tribunal Federal.

Muito embora tenha recuperado suas prerrogativas, é manifesto o decréscimo de importância do Poder Legislativo nesses mais de vinte e cinco anos de ordem constitucional. Marcado por ruidosos casos de corrupção, parlamentares despreparados e morosidade em aprovar projetos de lei relevantes, a credibilidade do Poder Legislativo foi sendo posta cada vez mais em cheque.

O Poder Judiciário, entretanto, passou por um período de ascensão política e institucional pós-Constituição de 1988. Diversas são as causas apontadas para esse fenômeno, dentre as quais, a recuperação das garantias da magistratura, o aumento da demanda por justiça, a criação de novos direitos e de novas ações pela Constituição<sup>1</sup>.

Nesse cenário, coube ao Supremo Tribunal Federal e a outros órgãos judiciais dar a derradeira palavra em questões envolvendo direitos fundamentais, políticas públicas, regimes jurídicos, sistema político, etc. Essa dilatação do papel do Poder Judiciário deflagrou uma crise institucional em relação ao Poder Legislativo, trazendo um importante debate sobre a

legitimidade democrática desta atuação, denominada, amplamente falando, de “ativismo judicial”. Argumentos de ambos os lados procuram fundamentar suas convicções nos princípios encartados das dobras da Constituição Federal de 1988.

Não se almeja, no presente estudo, falsear a verdade. Apesar do admirável e vasto rol de direitos fundamentais enunciados na Constituição, subsiste no país um abismo de desigualdade social, carências dramáticas na área da saúde, da educação, da moradia, que podem ser vistas sem muito esforço no dia-a-dia dos brasileiros.

Assim, o presente artigo propugnará pela concretização dos direitos fundamentais a partir da atuação do Poder Judiciário, tendo como foco central o sobre-princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse diapasão, procurar-se-á demonstrar a relevância da hermenêutica judicial para a efetividade dos direitos fundamentais.

Para tanto, cuidar-se-á da atuação do Poder Judiciário e de conceitos relacionados ao denominado “ativismo judicial”, tecendo críticas e estabelecendo limites à atuação judicial, mas sempre tendo como parâmetro a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A DOCTRINA DA EFETIVIDADE

Cumpra advertir, primeiramente, que se conhece a diferenciação feita pela doutrina entre as nomenclaturas “direito fundamental”, “direitos humanos”, “direitos do homem”. Contudo, essa temática não será objeto do presente estudo. Por isso, adotar-se-á a nomenclatura “direitos fundamentais” como aqueles direitos reconhecidos no âmbito constitucional, aderindo à fórmula adotada pelo constituinte de 1988.

Na Constituição de 1988, os direitos fundamentais receberam especial dignidade, não apenas quanto à hierarquia normativa superior das normas constitucionais, mas principalmente pelo fato de que o art. 5º, §1º, de a Carta Magna propugnar que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”. Além disso, há de se ressaltar que os direitos fundamentais foram ainda protegidos não apenas contra o legislador ordinário, mas também contra a ação do poder constituinte reformador, já que foram erigidos à categoria de “cláusulas pétreas”, integrando o rol do art. 60 da Constituição.

Segundo Sarlet, os direitos fundamentais podem ser conceituados como aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional

positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material) integrados ao texto da Constituição e, portanto, retirados da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como os que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo, ou não, assento na constituição formal, considerada a abertura material consagrada no art. 5º, § 2º da Carta vigente, que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais<sup>2</sup>.

Considerando a diversidade de funções exercidas (multifuncionalidade) e a estrutura normativa dos direitos fundamentais, Sarlet classifica-os em direitos de defesa e direitos a prestações. *Data venia* às demais classificações existentes, adotar-se a classificação sugerida por Sarlet apenas e tão somente por ser esta a que mais se adequa aos fins do presente trabalho.

Deste modo, conforme Sarlet, os direitos fundamentais – na concepção clássica de direitos de defesa de matriz liberal-burguesa – objetivam a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e outorgando-lhe um direito subjetivo que lhe permita evitar ingerências indevidas do Estado no âmbito de proteção do direito fundamental. Caracterizam-se, pois, por serem direitos negativos, que exigem apenas uma conduta omissiva por parte do destinatário<sup>3</sup>.

Já os direitos fundamentais como direitos a prestações seriam, nas palavras do autor:

Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, assegurada pelos direitos de defesa (ou função defensiva dos direitos fundamentais), a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetiva, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos. Assim, enquanto os direitos de defesa (*status libertatis e status negativus*) se dirigem, em princípio, a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos, os direitos a prestações, que, de modo geral, e ressalvados os avanços que podem ser registrados ao longo do tempo, podem ser reconduzidos ao *status positivus* de Jellinek, implicam uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática).<sup>4</sup>

Na constituição vigente, os direitos a prestações<sup>iii</sup> encontraram uma receptividade sem precedentes no constitucionalismo pátrio, que os acolheu expressamente no Título II e concedeu-lhes capítulo próprio, reconhecendo seu *status* de autêntico direito fundamental,

---

<sup>iii</sup> Entretanto, adverte Sarlet que essa classificação está equivocada neste ponto, pois os direitos a prestações não se restringem a direitos a prestações materiais, de tal sorte que não se restringem e não se confundem com os direitos sociais, pois também os direitos sociais não se limitam a prestações.

enquanto, na ordem anterior, tais direitos eram inseridos no Título que tratava da ordem econômica e social, o que lhes reduzia a eficácia e efetividade<sup>5</sup>.

Conforme dito acima, a Constituição determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Contudo, a doutrina pátria ainda não alcançou um estágio de consensualidade no que concerne ao alcance e significado do preceito. Sarlet sustenta a aplicabilidade imediata de todas as normas constantes no catálogo dos direitos fundamentais, bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais, harmonizando com a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais consagrada no art. 5º, §2º da Constituição vigente<sup>6</sup>.

Nesse tocante, pode-se encontrar na doutrina diferentes concepções, de tal sorte que alguns entendem que boa parte dos direitos fundamentais alcança sua eficácia nos termos e na medida da lei, e outros que advogam o ponto de vista segundo o qual até mesmo normas de cunho nitidamente programático podem ensejar, em virtude de sua imediata aplicabilidade, o gozo do direito fundamental independentemente de concretização legislativa. Justamente neste ponto que reside a problemática do que se convencionou chamar de “ativismo judicial”, como será analisado nos demais tópicos do presente trabalho.

Em relação à eficácia, Sarlet entende que os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa e de direitos a prestações, como já foi dito, distinção que conduz à existência de algumas diferenças essenciais entre ambas as categorias, especialmente entre os direitos de defesa e os direitos sociais de cunho prestacional. Estes assumem habitualmente a feição de normas carentes de concretização legislativa, o que, entretanto, não lhes retira pelo menos certo grau de eficácia:

Neste contexto, sustentou-se acertadamente que a norma contida no art. 5º, §1º, da CF, impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais. Além disso, há que dar razão aos que ressaltam o caráter dirigente desta norma, no sentido de que esta, além do objetivo de “assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, tem por finalidade tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário” [...]. Deste sentido, aproxima-se a lição de Eros Roberto Grau, ao sustentar que o Poder Judiciário, em face do dever de respeito e aplicação imediata dos direitos fundamentais ao caso concreto, encontra-se investido do poder-dever de aplicar imediatamente estas normas, assegurando-lhe sua plena eficácia.<sup>7</sup>

Desta forma, a norma contida no art. 5º, §1º de nossa Constituição trata-se de uma norma de natureza principiológica e, portanto, pode ser considerada como uma espécie de mandado de otimização ou maximização, ou seja, estabelece para os órgãos estatais a tarefa de reconhecerem, à luz do caso concreto, a maior eficácia possível a todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Sarlet reconhece que, apesar das muitas controvérsias quando se trata de direitos sociais a prestações concretas, não há como desconsiderar a natureza excepcional dos direitos fundamentais originários a prestações sob o aspecto de direitos subjetivos definitivos, dotados de plena vinculatividade e que implicam a possibilidade de impor ao Estado (e ao particular), inclusive mediante recurso ao Poder Judiciário, a realização de determinada prestação assegurada pela Constituição, sem que com isto se esteja colocando em cheque a fundamentalidade formal e material dos direitos sociais de cunho prestacional<sup>8</sup>.

Rodrigues, por sua vez, fala em eficácia irradiante dos direitos fundamentais, a qual não se confunde com eficácia imediata. A eficácia irradiante significaria o mesmo que eficácia vinculante, ou seja, tantos os poderes públicos quanto os particulares estariam vinculados ao reconhecimento dos direitos fundamentais, sendo que ao Poder Judiciário, através da aplicação, interpretação e integração, caberia conferir às normas de direito fundamental a máxima eficácia possível<sup>9</sup>.

Nesse sentido, o Poder Judiciário não poderia se omitir, mesmo diante dos direitos sociais prestacionais, sob pena de a concretização desses direitos se tornar verdadeira utopia. Não se pode negar a existência de normas constitucionais que dependem mesmo de intervenção legislativa, “porém, é preciso ter em mente que nossa Constituição é um sistema aberto de regras e princípios, o que leva à interpretação do art. 5º, §1º como um mandado de otimização dos direitos fundamentais [...]”<sup>10</sup>.

Tendo em vista esse panorama, desenvolveu-se um princípio de grande relevância, designado “Princípio da Efetividade”. Segundo esse princípio, bastante trabalhado por Barroso<sup>11</sup>, a norma constitucional que enseja direito subjetivo fundamental tem aplicabilidade direta e imediata.

Na mesma acepção, Clève leciona que os direitos fundamentais prestacionais sociais devem ser compreendidos por uma “dogmática constitucional singular, emancipatória, marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e, pois, com a plena efetividade dos comandos constitucionais”<sup>12</sup>.

Conforme ensina Alarcón, o Direito Constitucional tem como tarefa a função de advogar pela plenitude da efetivação dos direitos fundamentais. Nas palavras do autor:

A falta de compreensão da força vinculante da Constituição – especialmente quando se reproduz uma cultura jurídica na qual o texto normativo é um leque de princípios e normas programáticas que não possuem efeito ou aplicação imediata, supostamente porque carecem de claros vectores de permissão, proibição ou obrigação, e por isso o Estado deve agir conforme sua “*possibilidade real de gestão e cumprimento*”, enquanto se tomam decisões de duvidosa razoabilidade administrativa e se mantém um legislador omissos -, torna a sociedade refém da boa vontade constitucional de alguns dos seus atores, geralmente os atores

governamentais. O que se propõe, e que é perfeitamente compatível com a ideia de Hesse, é que se entenda que o Texto Normativo Constitucional, como programa de trabalho orientador da comunidade política, não tolera interpretações que restringem sua aplicação com fundamento em que se trata de formulações vãs. Assim, todas as normas constitucionais contam com eficácia reconhecida e aplicabilidade não diferida, com plena independência da estrutura normativa.<sup>13</sup> (grifos do original).

Nesse contexto, o Poder Judiciário – não raramente acusado injustificadamente de ativismo<sup>14</sup> – na sua tarefa de equacionar conflitos construindo normas de decisão, desponta como o grande realizador e promovedor da efetividade dos direitos fundamentais, mas não sem gerar grandes controvérsias, como será visto a seguir.

### 3 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988

Na era pós-positivista ou do neoconstitucionalismo, cujo nascimento é atribuído ao período pós-Segunda Guerra Mundial, a Constituição assumiu o centro da órbita de um sistema aberto de regras e princípios, admitindo a influência valorativa de ideários, opiniões, pensamentos e interesses plúrimos da sociedade, com repercussões no campo da interpretação constitucional, daí a ser considerada uma ordem objetiva de valores, especialmente em relação aos direitos fundamentais<sup>15</sup>.

É cediço que a hermenêutica constitucional, nesses mais de vinte e cinco anos de vigência da atual Carta Magna, abandonou a concepção clássica positivista de servir de mero mecanismo revelador do sentido da norma jurídica. Entretanto, ao mesmo tempo em que se condena a interpretação objetivo-positivista, também há muita resistência em se admitir uma intelecção voluntarista do juiz. Em relação à superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo, expõe Streck:

O direito assume um caráter marcadamente hermenêutico, em consequência de um efetivo crescimento do grau de deslocamento do pólo de tensão entre os poderes de Estado em direção à jurisdição (constitucional), diante da impossibilidade de o legislativo (a lei) poder antever todas as hipóteses de aplicação e do caráter compromissário da Constituição, com múltiplas possibilidades de acesso à justiça. Assim, na medida em que o direito é uma ciência prática, o centro da discussão inexoravelmente sofre um deslocamento em direção ao mundo prático, que, até o advento do Estado Democrático de Direito, estava obnubilado pelas conceitualizações metafísico-positivas, sustentadas por uma metodologia com evidentes matizes metafísico-dualístico-representacionais. Definitivamente, a realidade, os conflitos sociais e a cotidianidade das práticas dos atores sociais não estavam no rol das preocupações do positivismo e de suas derivações.<sup>16</sup>

Assim, o termo “legalidade” no neoconstitucionalismo não tem mais o mero sentido de literalidade da lei:

A legalidade que é produzida pela Constituição Democrática se convola em legitimidade e em funcionalidade, à proporção que garante efetiva e, portanto, realiza os direitos fundamentais, em qualquer das suas dimensões, e os valores constitucionais como um todo. Tornar realidade os seus comandos escapa a uma mera concepção de licitude ou ilicitude e remete à legitimação, sendo certo que a carência de legitimidade poderá redundar em crises sociais e políticas internas intransponíveis, as quais se contrapõem ao fim de pacificação social objetivado pelo direito. Em tempos atuais, trata-se de matéria que une a ordem jurídica e revela a primazia da proteção internacional do homem, projetando uma só realidade normativa. Tal desiderato, entre nós, foi reconhecido pelo constituinte de 1988, ao proteger direitos fundamentais em sua dimensão objetiva ou garantir o seu desfrute como direito subjetivo público deferido ao cidadão brasileiro. O povo reclama a efetivação de todos os direitos fundamentais, como desdobramento do estado democrático de direito, porquanto com eles se identifica.<sup>17</sup>

Justamente nesse ponto que avulta a função do juiz, com o poder de auspiciar o direito justo e criar sentidos adequados a essa finalidade, com a consciência crítica de que o processo de concretização e a aplicação do direito passam por uma leitura moral da Constituição, segundo as premissas de garantia de igualdade, liberdade e solidariedades aos cidadãos.

Sobre o neoconstitucionalismo, Sanchís entende que é o resultado da convergência de duas tradições constitucionais que com frequência caminhavam apartadas. O autor refere-se à tradição norte-americana e a tradição nascida da Revolução Francesa<sup>18</sup>. Nesses termos, entende o autor que:

El neoconstitucionalismo reúne elementos de estas dos tradiciones: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional. De la primera de esas tradiciones se recoge la idea de garantía jurisdiccional y una correlativa desconfianza ante el legislador; cabe decir que la noción de poder constituyente propia del neoconstitucionalismo es más liberal que democrática, de manera que se traduce en la existencia de límites frente a las decisiones de la mayoría, no en el apoderamiento de esa mayoría a fin de que quede siempre abierto el ejercicio de la soberanía popular a través del legislador. De la segunda tradición se hereda, sin embargo, un ambicioso programa normativo que va bastante más allá de lo que exigiría la mera organización del poder mediante el establecimiento de las reglas de juego. En pocas palabras, el resultado puede resumirse así: una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces.<sup>19</sup>

Nesse diapasão, fala-se em supremacia da Constituição e em máxima efetividade das normas constitucionais, sendo que a interpretação constitucional deve atribuir às normas constitucionais a maior efetividade possível<sup>20</sup>. Destarte, o neoconstitucionalismo e a supremacia da Constituição proporcionaram que as regras constitucionais de direitos fundamentais irradiassem por todo o sistema jurídico e, assim, servissem de parâmetro, na forma de objetivos a serem concretizados, para a validade dos atos exercidos pelo poder do Estado.

Além disso, há de se ressaltar que os direitos fundamentais cristalizados na Constituição de 1988, em grande parte, vêm em enunciados que apontam uma diretriz, uma declaração axiológica ou uma cláusula aberta de conteúdo principiológico, admitindo mais ponderação que subsunção. Justamente por isso, nem sempre é uma tarefa fácil delimitar objetivamente o sentido e o alcance desses direitos. Por outro lado, tal condição confere ao intérprete maior parcela de liberdade decisória na concretude da norma constitucional.

É certo que os direitos fundamentais devem irradiar efeitos sobre as relações jurídicas em geral, porém, a tentação que o princípio provoca no espírito do intérprete estimula a acreditar que o direito fundamental não desfruta de qualquer limite, podendo ser interpretado até mesmo contra a redação do comando constitucional que o cristaliza. Entretanto, a interpretação dos direitos fundamentais acha-se condicionada tanto à letra da Constituição como ao próprio conteúdo e âmbito normativo do bem por eles tutelado<sup>21</sup>.

Por esse mesmo motivo, Grau preconiza que o Poder Judiciário, hoje, converte-se em um produtor de insegurança. Segundo o autor a interpretação é uma prudência; a decisão jurídica deve ser aquela que o juiz deve tomar, e não a que pode tomar<sup>22</sup>.

Grau condena, em sua obra, o abuso do uso dos princípios pelos órgãos do Poder Judiciário, entendendo que chega a ser “quase discricionariedade judicial”<sup>23</sup>, por isso diz ter medo dos juízes. Segundo Grau, o juiz, ao interpretar, possui seu papel criador, mas não a partir do nada, deve criar a partir dos textos<sup>24</sup>. Segundo o autor, interpretar é formular *juízos de legalidade*, ao passo que a discricionariedade é exercida mediante a formulação de *juízos de oportunidade*<sup>25</sup>.

Todavia, Sanchís entende esse panorama de outra forma:

[...] más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipresencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.<sup>26</sup>

Segundo Zagrebelsky<sup>27</sup>, as regras estabelecem condutas, por isso devem ser obedecidas, como obrigação, autorização ou proibição, fazendo parte da legislação infraconstitucional e, algumas vezes, até mesmo do texto constitucional. Essas regras caracterizam-se pela subsunção. Já os princípios são prevalentemente normas constitucionais, sendo importante para sua aplicação a compreensão dos valores sociais, da cultura jurídica da sociedade. Em sua aplicação, os princípios orientam a decisão a se tomar em situações

concretas. Para o autor, distinguir princípios de regras significa distinguir a Constituição das leis.

Zagrebelsky, nesse diapasão, ensina que a hermenêutica constitucional não pode se ater somente ao texto, sob pena de termos um direito constitucional apenas ligado ao passado e, nesse sentido, abona a interpretação embasa no uso dos princípios:

La legitimidad de la constitución depende entonces no de la legitimidad de quien la ha hecho y ha hablado por medio de ella, sino de la capacidad de ofrecer respuestas adecuadas a nuestro tempo o, más precisamente, de la capacidad de la ciencia constitucional de buscar y encontrar esas respuestas en la constitución. En resumen: la constitución no dice, somos nosotros que la hacemos decir. [...]. Si, a pesar del abandono del entendimiento de la constitución como voluntad constituyente, la constitución ha de ser entendida como un marco de referencia que permite distinguir lo que es y lo que no es constitucional, se hará necesario encontrar en la constitución misma las líneas de esta distinción. Y ellas están dadas justamente por sus disposiciones de principio. [...]. Los principios son, al mismo tiempo, factores de conservación y de innovación, de una innovación que consiste en la realización siempre más completa y adecuada a las circunstancias del presente del germen primigenio que constituye el principio. [...] En una constitución basada en principios, la interpretación es al acto que relaciona un pasado constitucional asumido como valor y un futuro que se nos ofrece como problema para resolver en la continuidad.<sup>28</sup>

Nesses termos, fatores como a existência de uma Constituição, o Estado Democrático de Direito, o neoconstitucionalismo e a consequente supremacia da Constituição são fundamentos para a justificação da legitimidade do Poder Judiciário na formação do direito e no fortalecimento da democracia, na medida em que tutela e concretiza os direitos fundamentais.

Tendo em vista o cenário acima exposto, pode-se se dizer, em suma, que a hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais deve se pautar nas seguintes regras: (a) é dever do magistrado conceber direitos fundamentais como valores identificados com o sobre-princípio da dignidade da pessoa humana, cuja finalidade última é sua concretização e não apenas sua interpretação; (b) os direitos de defesa e os direitos prestacionais se encontram no mesmo patamar da hierarquia constitucional, valendo para ambos o preceito da aplicabilidade imediata, previsto no art. 5º, §1º, da Constituição Federal; (c) os princípios constitucionais devem ser concebidos como normas de concretização de valores; (d) a concretização dos direitos fundamentais prestacionais passa por considerar sempre a garantia social como prioridade na escala das disponibilidades materiais da prestação estatal; (e) cabe ao magistrado fazer a ponderação de interesses e o exame dos elementos de necessidade e adequação por ocasião do ato decisório concretizador desses direitos fundamentais<sup>29</sup>.

#### 4 ATIVISMO JUDICIAL E CONCEITOS RELACIONADOS

O caso de Louise Ménard, julgado em 1898 pelo Tribunal de Château-Thierry, tornou célebre o juiz Magnaud, que passou a ser chamado de *bon juge*. No caso, o famigerado juiz absolveu uma jovem mãe de 23 anos que roubara um pedaço de pão. Ao julgar o caso, o *bon juge* fez valer o estado de necessidade da acusada que, junto ao seu filho de dois anos, estavam sem comer havia 36 horas. O juiz entendeu que não poderia ser culpada uma mãe de família que rouba pão por estar na miséria, e que a sociedade também teria uma parcela de responsabilidade pelas atitudes dos indivíduos, pelo que, o juiz poderia - e deveria - interpretar humanamente as inflexíveis prescrições da lei<sup>30</sup>. Referido caso tornou-se notório no meio jurídico por ser um julgamento em que foi preferida a equidade à lei. Trata-se de um caso ilustre de ativismo judicial, de rejeição ao legalismo.

O significado do termo “ativismo judicial”, geralmente usado de forma ampla, é tão contraditório quanto sua existência. Relatar-se-á, portanto, apenas algumas conceituações visando elucidar o tema, mas sem a pretensão de encerrá-lo.

Segundo Barroso o termo “judicialização” significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas pelo Poder Judiciário e não pelas instâncias tradicionais, que seriam o Congresso Nacional e o Executivo. Envolve, portanto, uma transferência de poder para juízes e tribunais. Dentre as causas para tal fenômeno no direito brasileiro – o qual não ocorre somente em nível nacional - o autor aponta a redemocratização do país, a constitucionalização abrangente e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade<sup>31</sup>. Para o citado autor, judicialização e ativismo judicial são termos primos, mas não se confundem:

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política [...]. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais [...].<sup>32</sup>

Segundo Barroso, a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, dentre elas: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independente de prévia regulamentação legislativa; (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<sup>33</sup>.

As origens do ativismo judicial podem ser encontradas na jurisprudência norte-americana. Sendo apontado Arthur Schlesinger Jr. como o primeiro a usar o termo em artigo publicado na edição de janeiro de 1947 da Revista *Fortune*<sup>34</sup>.

O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros poderes. Por essa conduta o Judiciário evita aplicar a Constituição diretamente, aguardando o pronunciamento do legislador originário.

Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.<sup>35</sup>

Streck, entretanto, não aquiesce com essa conceituação; segundo o autor o conceito de ativismo judicial estaria ligado à discricionariedade preconizada por Grau, acima referida. Nas palavras de Streck:

[...] a judicialização é contingencial. Ela não é um mal em si. Ocorre na maioria das democracias. O problema é o ativismo que, para mim, é a vulgata de judicialização. Enquanto a judicialização é um problema de (in)competência para prática de determinado ato (políticas públicas, por exemplo), o ativismo é um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade [...].<sup>36</sup>

Certo é que o Congresso Nacional, nos últimos anos, padece de uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade, o que tem alimentado a expansão do Judiciário que, em nome da Constituição, supre omissões e, por vezes, inova a ordem jurídica. Nesse tocante, ousa-se discordar de Streck, quando ele diz que o ativismo é um “problema”, e concordar com Barroso<sup>37</sup> quando este diz que o ativismo judicial tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento. Contudo, este autor adverte:

[...] o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de morrer de cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Judiciário.<sup>38</sup>

De toda forma, segundo Mendes e Branco, caberia ao legislador ampla margem de apreciação e prioridade sobre o juiz constitucional, quando se trata de concretizar essas normas incorporadoras de valores morais e políticos. Ao juiz constitucional incumbiria atalhar abusos, cometidos por ação ou omissão do legislador<sup>39</sup>.

Sanchís diz que ideal democrático que empolga a crítica se centra na ficção de que efetivamente a obra do legislador é a expressão da vontade geral, obscurecendo a realidade de que a lei é a obra de um órgão do Estado, o Legislador, que pode ser comparada com um diploma juridicamente superior, a Constituição, por outro órgão do Estado, a quem a Constituição atribui tal tarefa. O autor argui, a esse respeito, que tanto o princípio democrático como o do constitucionalismo são devedores de ficções, que não precisam ser desprezadas, mas ser compreendidas sob o enfoque de elemento justificador que serve a ambos os princípios, os quais evocam, por igual, o fundamento democrático do poder político e a sua limitação pelos direitos naturais<sup>40</sup>.

Analisando a possibilidade de um ativismo judicial, Sanchís entende que é um risco uma jurisprudência abertamente valorativa, pois pode propiciar que cada juiz aplique sua concepção de justiça; porém, este deve ser o preço a se pagar para superar um estado positivista e alcançar um Estado Constitucional, que requer um protagonismo dos juízes embasado na existência de uma Constituição com força normativa e com disposições materiais que devem ser realizadas<sup>41</sup>.

## 5 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS AO ATIVISMO JUDICIAL

Tendo em vista a importância do ativismo judicial na atualidade do ordenamento jurídico brasileiro, desnecessário dizer que a doutrina é controvertida a respeito de sua efetivação quando o assunto envolve a proteção dos direitos fundamentais expressos e implícitos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A divergência exposta foi muito bem sintetizada por Urbano<sup>42</sup>. Dentre os argumentos favoráveis se destacam: a) a ausência demasiada por parte do Poder Legislativo na concretização de direitos fundamentais; b) a efetivação dos direitos fundamentais como forma de cumprimento dos objetivos disciplinados no art. 3º da Lei Maior; c) a atuação dos juízes estaria conforme os poderes que lhes foram outorgados pela Constituição, servindo ainda de suporte para esta consideração as garantias atribuídas aos magistrados (art. 95 da Constituição), como, por exemplo, a autonomia profissional; e d) as influências de grupos de interesses ou a atuação governamental, consideradas como vicissitudes decorrentes do processo democrático, serviriam para o fortalecimento do Poder Judiciário nas questões envolvendo a eficácia, garantia e supremacia da Constituição.

Por outro lado, a doutrinadora suprarreferida apresenta as teses desfavoráveis ao ativismo judicial. Dentre os argumentos contrários à efetivação do ativismo judicial podemos destacar, dentre eles: a) violação ao princípio da separação dos poderes, uma vez que, segundo este princípio, cada poder constituído é detentor de uma função típica, por conseqüência ao Poder Judiciário caberia a interpretação e aplicação da lei e não as funções de legislar ou de executar as leis; b) em decorrência do princípio mencionado, a função do juiz cingiria tão somente a concretizar a vontade emanada do legislador, este eleito democraticamente pelo povo; c) corroborando a tese anterior, quando juízes atuam como legisladores positivos, via reflexa ocorreria uma transferência de poder, dos parlamentares eleitos para os juízes não eleitos, o que resultaria numa inconstitucionalidade; d) a usurpação das funções dos demais poderes da República – Executivo e Legislativo – pelo Poder Judiciário poderia levar a tirania dos juízes; e) fatores políticos, sociais e econômicos de um país não são de fácil compreensão dos juízes, em conseqüência decisões que envolvam tais assuntos poderiam gerar graves impactos na economia do país; f) considerações políticas não podem servir de bússola para a prolação de decisões judiciais; g) infringência ao princípio do Estado de Direito, pois as criações normativas por parte dos juízes seriam aplicadas apenas em relação às lides do passado; e h) o processo de revisão das normas constitucionais restaria maculado na medida em que os juízes atuando como constituintes criassem o direito a partir de princípios gerais implícitos no texto constitucional.

A celeuma instaurada a respeito da expansão da intervenção judicial na realidade jurídica brasileira também mereceu destaque por parte do jurista Barroso que elencou três objeções. Afirma Barroso que:

[...] tais críticas não infirmam a importância do papel desempenhado por juízes e tribunais nas democracias modernas, mas merecem consideração séria [...]. Ninguém deseja o Judiciário como instância hegemônica e a interpretação constitucional não pode se transformar em usurpação da função legislativa. Aqui, como em quase tudo mais, impõem-se as virtudes da prudência e da moderação.<sup>43</sup>

As críticas levantadas pelo renomado jurista, como dito anteriormente, são três, a saber: crítica político-ideológica, crítica quanto à capacidade institucional e crítica quanto à limitação do debate. Em relação à primeira crítica tem-se que os membros do Poder Judiciário são agentes públicos investidos em seus cargos através de concurso público. Deflui-se que por não serem agentes públicos eleitos:

[...] quando invalida atos do Legislativo ou do Executivo ou impo-lhes deveres de atuação, o Judiciário desempenha um papel que é inequivocamente político. Essa possibilidade de as instâncias judiciais sobreporem suas decisões às dos agentes políticos eleitos gera aquilo que em teoria constitucional foi denominado de *dificuldade contramajoritária*.<sup>44</sup> (grifos do original).

Nessa vereda, o cerne da questão seria a ausência de legitimidade democrática por parte dos integrantes do Poder Judiciário quando da concretização dos direitos fundamentais. As críticas de cunho ideológico caminham juntamente com as de cunho políticos, pois:

[...] vêm no Judiciário uma instância tradicionalmente conservadora das distribuições de poder e de riqueza na sociedade. Nessa perspectiva, a judicialização funcionaria como uma reação das elites tradicionais contra a democratização, um antídoto contra a participação popular e a política majoritária.<sup>45</sup>

A segunda crítica levantada pelo autor diz respeito à capacidade funcional. Sabe-se que a Constituição da República Federativa do Brasil está sujeita a interpretação por parte dos três poderes constituídos e, havendo dissonância, caberá ao Poder Judiciário proferir decisão colocando fim a celeuma instaurada. Ocorre que a crítica recai sobre esta primazia, ou seja, não seria toda e qualquer matéria que deveria ser objeto de julgamento pelo Poder Judiciário. Assim, no intuito de frear esta ingerência judicial duas ideias surgiram: a de capacidade institucional e a de efeitos sistêmicos. Segundo Barroso:

*Capacidade institucional* envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico. Também o risco de *efeitos sistêmicos* imprevisíveis e indesejáveis podem recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente está preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público”.<sup>46</sup> (grifo do autor).

Por fim, a terceira crítica se refere à limitação do debate. O domínio da argumentação jurídica não está ao alcance da generalidade das pessoas, pois seu exercício requer conhecimento técnico e treinamento específico. Deflui-se que “a primeira consequência drástica da judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm acesso aos *locus* de discussão jurídica”<sup>47</sup>. E Barroso salienta que “a transferência do debate público para o Judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão”.<sup>48</sup>

## 6 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 surgiu com o espírito de redemocratização e respeito aos direitos fundamentais, como já foi dito. Nela foram estatuídos princípios (art. 1º) e objetivos (art. 3º) a serem observados pelos poderes constituídos na concretização destes direitos. Nesse sentido:

O novo Direito Constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, foi fruto de duas mudanças de paradigma: a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da “força normativa da Constituição” e o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional. Saliente-se que tais mudanças de paradigmas estão imbricadas aos Direitos Fundamentais.<sup>49</sup>

Conforme afirma Mello, Ministro do Supremo Tribunal Federal, a respeito da estrutura Lei Maior:

Os principais elementos dessa engenharia constitucional abrangente e compromissória, de modo sumário, são: (i) a previsão de um amplo catálogo de direitos fundamentais, veiculados, em parte, por meio de regras definitivas e mediante enunciados normativos vagos e indeterminados (princípios); (ii) a distribuição de poderes entre os governos de diferentes níveis da Federação; (iii) a separação de poderes, presentes o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, incluindo os diversos mecanismos de intervenção judicial direta pelo Supremo e o amplo acesso dos diferentes atores políticos e da sociedade civil organizada.<sup>50</sup>

Denota-se, também, que a Constituição Federal de 1988 preocupou-se primordialmente com a instituição de normas destinadas à promoção dos direitos fundamentais e os mecanismos destinados à sua proteção, ao invés de centralizar na estruturação, organização e distribuição dos poderes do Estado. Nesse sentido, ao estabelecer um capítulo próprio e anteposto à estruturação dos poderes constituídos, afirma Sarlet que “assume destaque a situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais”. Desta forma, além de “traduzir maior rigor lógico”, na proporção em que os “direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, também vai ao encontro da melhor tradição do constitucionalismo”.<sup>51</sup>

Em que pese seja expresso no § 1º do artigo 5º da Constituição a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, expressos e implícitos, percebe-se que após um longo período de tempo, isto é, desde a promulgação da Constituição, muitos desses direitos sequer foram concretizados o que culminou em desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante deste fato, o ativismo judicial ganhou espaço para fomentar o vácuo normativo no que se refere à concretização dos direitos fundamentais. Deflui-se, assim, dos

entendimentos esposados acima, a importância da interpretação constitucional para a efetivação dos direitos fundamentais.

Desnecessário dizer que ao Supremo Tribunal Federal foi atribuído, pelo constituinte de 1988, um papel de suma importância na concretização desses direitos, e que vem sendo cumprido com esmero. Nesse sentido, segundo o entendimento de Mello:

O Supremo tem revelado interpretação em busca da máxima realização possível dos valores da liberdade, da dignidade e da igualdade. No caso de conflitos entre os direitos, vê-se que o Tribunal procura a harmonia, dando peso maior a um ou a outro por meio de pronunciamentos motivados que levam em conta, além de elementos textuais, as conexões de sentidos entre os enunciados envolvidos, os fatos e os valores presentes. Em diversas decisões, comparou contextos históricos para afirmar desigualdades reais, mudanças sociais e avanços tecnológicos a justificar a evolução da aplicação dos direitos fundamentais, inclusive superando omissões legislativas.<sup>52</sup>

Como respaldo as alegações do festejado Ministro é possível verificar através de alguns julgados o exercício concreto do mister desempenhado pela Corte Superior na efetivação dos direitos fundamentais.

Dentre os direitos fundamentais, os direitos prestacionais estariam mais suscetíveis ao ativismo judicial, porquanto referidos direitos são decorrentes do Estado Social e vinculam o Poder Público a realizar prestações positivas em favor dos que necessitam, como os serviços na área da saúde, assistência social, educação, trabalho, moradia (art. 6º da Constituição Federal).

Assim, o desrespeito aos direitos fundamentais prestacionais sociais por parte do Poder Público tem proporcionado uma maior atuação por parte do Poder Judiciário com o fito de preservar o princípio da dignidade da pessoa humana. Nessa vereda, o Mello explica que:

Com esses direitos reconhecidos nas constituições, não basta a figura do Estado que, pura e simplesmente, se abstém em prol da autodeterminação individual, mas deve vingar o modelo que intervém para satisfazer as necessidades básicas da sociedade. Como fundamento último desse dever estatal, encontramos o princípio da dignidade da pessoa humana na dimensão de mínimo existencial. Nessa seara, o Judiciário, em diferentes instâncias, vem formalizando decisões sobre a execução de políticas públicas, principalmente em relação à saúde e à educação.<sup>53</sup>

A título de exemplo na concretização dos direitos sociais, com o objetivo de fazer valer os objetivos delineados pelo artigo 3º da Constituição Federal, e tendo em vista a constante omissão por parte do Poder Público ou sua atuação defeituosa destacamos os seguintes casos já julgados pela Corte Constitucional: atos que determinam o fornecimento gratuito de medicamentos<sup>54</sup>, tratamentos médicos urgentes no exterior<sup>55</sup>, e disponibilidade de vaga de internação em UTI, mesmo em hospital não conveniado ao SUS<sup>56</sup>.

De outro lado, o Supremo Tribunal Federal mostra-se combativo no tocante à questão do direito a educação. Nessa vereda, destacam-se decisões confirmatórias de

instâncias inferiores que implicaram a obrigação de governos municipais disponibilizarem vagas em creches<sup>57</sup> e instituições de educação infantil e ensino fundamental para crianças carentes<sup>58</sup>. Ademais, aplicando diretamente o artigo 208, incisos I e IV, da Carta da República, o Tribunal corrige omissões estatais que poderiam colocar em risco o futuro da educação de crianças carentes e demonstra estar atento ao caráter social do Diploma Maior, definindo, assim, o verdadeiro responsável pelo ônus da realização do projeto constitucional quanto a esse aspecto: o Estado<sup>59</sup>.

## 7 ATIVISMO JUDICIAL E A FLEXIBILIZAÇÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES EM PROL DA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

Um dos óbices levantados pela doutrina na concretização dos direitos fundamentais por parte do Poder Judiciário resultaria na observância ao princípio da separação dos poderes.

Segundo este princípio, cada poder constituído possui competências que lhes são próprias e indelegáveis. Deflui-se que ao Poder Judiciário caberia a função de julgar e não de implementar políticas públicas ou adentrar no tema das prioridades orçamentárias que ficariam a cargo dos Poderes Legislativo e Executivo. Como afirmado anteriormente, há argumento no sentido de que nesses casos de atuação judicial haveria também afronta ao princípio democrático, vez que os juízes não detêm mandato popular.

Ocorre que, nos dias hodiernos, o princípio em tela merece uma nova reflexão. Isto por que sua origem remonta ao século XVIII, que preconizado por Montesquieu, apresentava como finalidade combater o absolutismo presente na fase inicial do Estado Moderno. Contudo, assevera Grau:

O fato é que os arquétipos teóricos que constituem base e ponto de partida do raciocínio dos juristas já não são mais adequados à compreensão – que dirá à explicação – da realidade. A chamada *separação dos poderes* é assumida como dogma. Quem conteste é tido como herege. Especialmente os administrativistas e constitucionalistas de velha cepa continuam presos a ela, como se o tempo não houvesse passado. Como não costumam ler os clássicos no original, não se dão conta de que Montesquieu propõe a divisão com harmonia (autêntica interdependência entre eles), nada mais.<sup>60</sup>

Assim, o princípio em voga teve sua incidência específica em um determinado momento histórico. Na atualidade do ordenamento jurídico constitucional brasileiro necessário se faz realizar uma nova abordagem, com o fito de flexibilizar este dogma e

efetivar no plano fático os direitos fundamentais expressos e implícitos na Lei Maior. Nesse sentido, afirma Martins que:

A vedação da atuação do judiciário como legislador positivo ainda se funda em uma visão ultrapassa do Princípio da Separação dos Poderes, em que se objetivava proteger o indivíduo contra intervenções arbitrárias do Estado, e que precisa de um alargamento na sua concepção nos dias atuais, especificamente aos direitos sociais.<sup>61</sup>

Referida relativização do princípio da separação dos poderes já foi abordada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, tendo como Relator o eminente Ministro Celso de Mello, em que preponderou a preservação das condições materiais de existência digna à população<sup>62</sup>.

Questão que mereceu destaque foi o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, que versava sobre a interrupção da gestação de fetos anencefálicos. Concluiu-se pela possibilidade desse tipo de aborto, embora o tema careça de previsão normativa no Código Penal. Aventou-se que o STF estaria agindo como legislador positivo. No entanto, entende Martins que:

O STF estará agindo como guardião de princípios fundamentais, através da interpretação da própria constituição e de lei infra-constitucional ( o código Penal) , e para tanto, conseqüentemente estará autorizando um novo permissivo legal, e não criando norma.<sup>63</sup>

A atuação do juiz como legislador positivo é defendida por Moro, que entende que o dogma da vedação à atuação judicial como “legislador positivo” não tem, portanto, base racional, não sendo, outrossim, decorrente de comando constitucional expresso. Admiti-lo por construção jurisprudencial vai de encontro ao princípio da Supremacia da Constituição e ao princípio da efetividade deste decorrente, apenas representando abdicação indevida pelo Judiciário da função de controle atribuída pela Constituição<sup>64</sup>.

## 8 LIMITES À ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Nesses vinte e cinco anos de vigência da atual Carta, a prática jurisprudencial, a pretexto de estar realizando a vontade da Constituição, na realidade, por vezes abrigou subjetivismo e arbítrio judicial. Nesse tocante, Mello alerta que há um risco implícito de o ativismo judicial transformar a hermenêutica constitucional em hermenêutica constituinte, através da qual os juízes, sob o pretexto de estarem interpretando a constituição, na realidade atribuem novos sentidos inteiramente dissociados da norma constitucional interpretada, na

medida em que recusam a normatividade própria do texto constitucional, para colocar em seu lugar formas de voluntarismo discricionário disfarçados de interpretação<sup>65</sup>.

Streck, por sua vez, entende que a ausência de uma adequada compreensão do novo paradigma de Estado Democrático de Direito torna-se fator decisivo para a inefetividade da Constituição, entretanto, alerta que interpretar não significa dizer “qualquer coisa sobre qualquer coisa”, assim, as respostas devem ser hermenêuticamente adequadas à Constituição. Nesse sentido:

Destarte, a discussão alcança o patamar da democracia. Não teria sentido que, nesta quadra da história, depois da superação dos autoritarismos/totalitarismos surgidos no século XX e no momento em que alcançamos esse (elevado) patamar de discussão democrática do direito viéssemos a ‘depende’ da discricionariedade dos juizes na discussão dos assim denominados ‘casos difíceis’. Dito de outro modo, seria substituir a democracia pela ‘vontade do poder’ (entendido como o último princípio epocal da modernidade) dos juizes. A produção democrática do direito – que é esse *plus* normativo que caracteriza o Estado Democrático de Direito – é um salto para além do paradigma subjetivista.<sup>66</sup>

O autor supracitado, contudo, adverte que a crítica à discricionariedade judicial não é uma “proibição de interpretar” e nem significa dizer que os juizes não criam o Direito. Segundo Streck, “a partir da hermenêutica filosófica e de uma crítica hermenêutica do direito, é perfeitamente possível alcançar uma resposta hermenêuticamente adequada à Constituição”<sup>67</sup>. Assim, para o autor, o limite da hermenêutica estará no próprio texto constitucional, este entendido como condição de possibilidade para a emergência dos fatos<sup>68</sup>.

O intérprete, nesse diapasão, tem compromisso com o que está previsto na Constituição. A exegese livre das amarras impostas pela letra da Constituição colocaria em risco a direção normativa que dela propaga, fazendo preponderar uma vontade subjetiva e arbitrária. As restrições redacionais, contudo, estabelecem apenas limites máximos para não haja uma ruptura completa entre a interpretação e o que diz a Constituição, não se confundindo, portanto, com a interpretação literal ou gramatical<sup>69</sup>.

Além do texto constitucional, é possível estabelecer ainda duas limitações à atuação dos juizes como legisladores positivos: as chamadas “reserva da consistência” e “reserva do possível”. Segundo Moro, há o limite da “reserva de consistência” na concretização judicial da Constituição, quando relativo ao Poder Legislativo, ou seja, cumpre ao julgador demonstrar com argumentos convincentes o acerto de sua interpretação da Constituição e o desacerto daquela que levou à edição do ato legislativo. Enquanto no controle judicial dos atos emanados do Poder Executivo, o limite da reserva de consistência impedirá, é certo, o Judiciário de concretizar normas fundamentais que demandam a adoção de políticas públicas de certa complexidade<sup>70</sup>.

Denota-se, assim que o limite da reserva de consistência é vista como uma forma de autocontenção por parte dos membros do Poder Judiciário.

De outro lado, apresenta-se a figura da “reserva do possível”, cujo fundamento está diretamente relacionado aos direitos fundamentais de segunda geração, ou seja, direitos que exigem uma prestação positiva por parte do Estado Social, incumbindo o Poder Judiciário a concretização destes direitos frente à escassez de recursos e as limitações orçamentárias.

Nessa vereda, mostra-se importante a argumentação desenvolvida por Mello - Ministro do Supremo Tribunal Federal e Relator na ocasião - no voto proferido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45:

A cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.<sup>71</sup>

A sustentação da cláusula da “reserva do possível”, segundo o eminente Ministro, está condicionada a:

[...] um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.<sup>72</sup>

Sobre a importância e limites da jurisdição constitucional nas democracias contemporâneas, afirma Barroso que “ela é um espaço de legitimação discursiva ou argumentativa das decisões políticas, que coexiste com a legitimação majoritária, servindo-lhe de contraponto e complemento”, e sobre o papel desempenhado pelo tribunal constitucional neste contexto é “proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático”.<sup>73</sup>

Por fim, o renomado jurista conclui que, quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrado, abstendo-se de sobrepor-lhes sua própria valoração política<sup>74</sup>.

Por outro lado, quando os direitos fundamentais não são efetivados de forma “natural”, seja por omissão legislativa ou executiva, nasce para o Poder Judiciário o dever de

agir, no exercício de sua função típica de fazer cumprir as normas<sup>75</sup>; pois, como preleciona Dias<sup>76</sup>, em termos constitucionais, é possível afirmar que o Poder Judiciário tem uma “autoridade derivada” para a instituição de políticas públicas, no caso de omissão ou insuficiência.

## 9 CONCLUSÃO

Deflui-se dos argumentos apresentados que o Poder Judiciário, no atual cenário jurídico, vem desempenhando papel de mais alta relevância quando o cerne da questão é a concretização dos direitos fundamentais. Porquanto o sobre-princípio da dignidade da pessoa humana, assim como os direitos fundamentais decorrentes, impõem um *facere* aos Poderes Públicos, onde o foco não é o Estado, mas, antes, a pessoa humana exigente de bem-estar físico, moral e psíquico.

Restou demonstrado que a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo, principalmente quando se trata dos direitos fundamentais prestacionais, acabou por permitir que o Poder Judiciário efetivasse o direito em prol da população. Ademais, como sabido, o núcleo do sistema constitucional brasileiro é o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, o desrespeito aos direitos fundamentais, encartados tanto na legislação interna quanto internacional, autoriza os membros do judiciário, dentro de suas respectivas competências, a concretizarem o direito em tela, com fundamento no princípio alhures.

Na verdade, não se pode falar em Estado Democrático de Direito sem que exista um Parlamento atuante, investido de credibilidade e compromissado em concretizar direitos. Nesse sentido, o presente trabalho, seguindo esta esteira de que se faz necessário debater a atuação do Poder Judiciário, procurou demonstrar que a efetivação dos direitos fundamentais não pode ficar ao talante da discricionariedade do Poder Legislativo, ainda mais quando referidos direitos não foram faticamente concretizados desde a promulgação da Constituição de 1988.

O cenário traz riscos à democracia? Há motivos para temer os juízes? Sem dúvida que sim. Mas, seria o retorno ao positivismo a resposta? Historicamente essa já se mostrou a resposta incorreta. Deixar-se-ia de temer os juízes quando o Legislativo passasse a ser mais atuante, quando houvesse uma participação maior e efetiva dos cidadãos no processo legislativo. Mas isso, nos dias atuais, parece mais uma utopia.

Destarte, considerando a realidade, não há como negar a importância que assume o Poder Judiciário em desempenhar suas atribuições frente à concretização destes direitos, atuando, pois, como um guardião da Constituição. Questões políticas, a discricionariedade arraigada nos órgãos administrativos ou o interesse exclusivo de determinados setores da economia não podem servir para obstar o ativismo judicial que se preocupa em efetivar direitos fundamentais.

Não se olvida que ao ativismo judicial devem ser impostos limites, sendo que o principal deles é o próprio texto constitucional. Contudo, deve-se ter em mente que a meta central das Constituições modernas - na qual se inclui a Constituição de 1988 - é a transformação social, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de dignidade aos seus cidadãos. Conclui-se, deste modo, que o texto constitucional, apesar de ser um limite, não deve ser usado para obstar suas próprias metas, as quais devem ser buscadas, de uma maneira ou de outra, já que os direitos fundamentais não são metafísicos, são produtos históricos resultantes de lutas sociais e, portanto, devem ser perseguidos e efetivados.

Para encerrar, mas não finalizar o debate, utiliza-se as palavras de Zagrebelsky para sugerir, pois, que a reflexão se dê sempre tendo em vista o passado, o presente e o futuro do texto constitucional: “La ‘historia’ constitucional no es pasado inerte sino la continua reelaboración de las raíces constitucionales del ordenamiento que nos es impuesta en el presente por las exigencias constitucionales del futuro”.<sup>77</sup>

## BIBLIOGRAFIA

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Funções do Direito Constitucional. Reflexões sobre a História e a Interpretação do Projeto Normativo para a Sociedade Plural. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 19, p. 375-394, jan/jun 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: FELLET, PAULA, NOVELINO (orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2013.

\_\_\_\_\_. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 04 jan 2014.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 28-39, jan/mar 2006.

DIAS, Jean Carlos. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Método, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *Por que Tenho Medo dos Juízes* (a Interpretação/Aplicação do Direito e os Princípios). 6 ed. ref. São Paulo: Malheiros: 2013.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre Factibilidade e Validade*. SIBENEICHLER, Flávio Beno (Trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. II, 1997.

LUNARDI, Soraya (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MARQUES, Luiz Guilherme. *A Justiça da França – um Modelo em Questão*. São Paulo: LED Editora de Direito, 2001.

MARTINS, Marianne Rios. Os Limites de Atuação do Poder Judiciário como Legislador Positivo para Efetivar Direitos Humanos de 2ª Dimensão. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UEA, XV, 2006, Manaus. *Anais Eletrônicos...* Manaus: UEA, 2006. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito\\_humano\\_td\\_marianne\\_rios\\_martins.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_td_marianne_rios_martins.pdf)>. Acesso em 20 nov. 2013.

MELLO. Claudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.

MELLO, Marco Aurélio. 25 Anos de Interpretação Constitucional – uma História de Concretização dos Direitos Fundamentais. *Estadão*, São Paulo, 09 out. 2013, Arena Jurídica, Política. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/fausto-macedo/25-anos-de-interpretacao-constitucional-uma-historia-de-concretizacao-dos-direitos-fundamentais/>>. Acesso em: 15 dez. 2013. Disponível em <<http://blogs.estadao.com.br>>. Acesso em 15 dez. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<http://www.academia.edu/4591020/Curso-de-Direito-Constitucional-2012-Gilmar-Mendes>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

MORO, Sergio Fernando. Por Uma Revisão da Teoria da Aplicabilidade das Normas Constitucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, ano 9, n.37, out-dez. 2001.

MOURA, Lenice S. Moreira de (org). *O Novo Constitucionalismo na Era Pós-Positivista*. Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Antonio Castanheira. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra, v. 1, 2003.

OLIVEIRA, Umberto Machado de. ANJOS, Leonardo Fernandes de (coord.). *Ativismo Judicial*. Curitiba: Juruá, 2010.

ROLAND, Norbert. *Nos Confins do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Ley, Principios, Derechos*. Madri: Dykinson, 1998.

\_\_\_\_\_. *Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. Lima: Palestra Editores S.R.L., 2002.

\_\_\_\_\_. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madri: Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, ano I, v. I, n. 1, p. 1-46, abril 2001. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf)>. Acesso em: 20 dez 2012.

\_\_\_\_\_. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Uma Nova Crítica do Direito. 2 ed. rev. ref. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. O que é isso, o Ativismo Judicial, em Números? *Consultor Jurídico*, São Paulo, out. 2013, Observatório Constitucional. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>>. Acesso em: 11 dez 2013.

URBANO. Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2012.

WINCK, Enisa Eneida da Rosa Pritsch; REIS, Jorge Renato dos. A Concretização dos Direitos Fundamentais: Posição e Acepção na Arquitetura Constitucional. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/PUC MINAS, XVI, 2007, Belo Horizonte. *Anais Eletrônicos...* Belo Horizonte: PUC Minas, 2007. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/anais\\_bh.html](http://www.conpedi.org.br/anais_bh.html)>. Acesso em: 15 dez 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y Constitución*. CARBONELL, Miguel (Trad.). Madri: Minima Trotta, 2005.

\_\_\_\_\_. *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*. GASCÓN, Marina (Trad.). 7 ed. Madri: Trotta, 2007.

---

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. Vinte Anos da Constituição de 1988: A Reconstrução Democrática do Brasil. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org.). *O Novo Constitucionalismo na Era Pós-Positivista*. Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009, 307 p.

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano I, v. I, n. I, p. 1-46, abril 2001, p. 11. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf)>. Acesso em: 20 dez 2012.

<sup>3</sup> Ibid., p. 13-14.

<sup>4</sup> Ibid., p. 15.

<sup>5</sup> Ibid., p. 18.

<sup>6</sup> Ibid., p. 27.

<sup>7</sup> Ibid., p. 28-29.

<sup>8</sup> Ibid., p. 37-38.

<sup>9</sup> RODRIGUES, Mádson Ottoni Almeida. A Prestação Jurisdicional na Efetivação dos Direitos Fundamentais. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org.). *O Novo Constitucionalismo na Era Pós-Positivista*. Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 374-375.

<sup>10</sup> Ibid., p. 382.

<sup>11</sup> *Apud* MAIA, Louisianne Paskalle Solano. Direitos Fundamentais, Efetividade e Limitações Orçamentárias: uma Perspectiva Pós-Positivista. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org.). *O Novo Constitucionalismo na Era Pós-Positivista*. Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009, 423 p.

<sup>12</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 28-39, jan/mar 2006, 30 p.

<sup>13</sup> ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Funções do Direito Constitucional: Reflexões sobre a História e a Interpretação do Projeto Normativo para a Sociedade Plural. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 19, p. 375-394, jan./jun 2012, p. 387-388.

<sup>14</sup> Ibid., p. 383-384.

<sup>15</sup> FERREIRA, Carlos Wagner Dias. Interpretação Constitucional e Argumentação Jurídica. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org.). *O Novo Constitucionalismo na Era Pós-Positivista*. Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009, 229 p.

<sup>16</sup> STRECK, Lenio Luiz. A Hermenêutica Jurídica nos Vinte Anos da Constituição do Brasil. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org.). *O Novo Constitucionalismo na Era Pós-Positivista*. Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009, 65 p.

<sup>17</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. Normatividade e Concretização: a Legalidade Constitucional. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org.). *O Novo Constitucionalismo na Era Pós-Positivista*. Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009, 224 p.

<sup>18</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. *Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. Lima: Palestra Editores S.R.L., 2002, 111 p.

<sup>19</sup> Ibid., p. 114.

<sup>20</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2006, 220 p.

<sup>21</sup> FERREIRA, Carlos Wagner Dias. Interpretação Constitucional e Argumentação Jurídica. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org.). *O Novo Constitucionalismo na Era Pós-Positivista*. Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009, 232 p.

- <sup>22</sup> GRAU, Eros Roberto. *Por que Tenho Medo dos Juízes* (a Interpretação/Aplicação do Direito e os Princípios). 6 ed. ref. São Paulo: Malheiros: 2013, 16 p.
- <sup>23</sup> *Ibid.*, p. 138.
- <sup>24</sup> *Ibid.*, p. 26.
- <sup>25</sup> *Ibid.*, p. 90.
- <sup>26</sup> *Ibid.*, p. 121.
- <sup>27</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*. GASCÓN, Marina (Trad.). 7 ed. Madri: Trotta, 2007, p. 109-110.
- <sup>28</sup> *Idem. Historia y Constitución*. CARBONELL, Miguel (Trad.). Madri: Minima Trotta, 2005, p. 88-90.
- <sup>29</sup> RODRIGUES, Mádsen Ottoni Almeida. A Prestação Jurisdicional na Efetivação dos Direitos Fundamentais. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org.). *O Novo Constitucionalismo na Era Pós-Positivista*. Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009, 387 p.
- <sup>30</sup> MARQUES, Luiz Guilherme. *A Justiça da França – um Modelo em Questão*. São Paulo: LED Editora de Direito, 2001, 92 p.
- <sup>31</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 04 jan 2014.
- <sup>32</sup> BARROSO, loc. cit.
- <sup>33</sup> BARROSO, loc. cit.
- <sup>34</sup> VITOVSKY, Vladimir Santos. *Ativismo Judicial*. In: OLIVEIRA, Umberto Machado. ANJOS, Leonardo Fernandes dos (org.). *Ativismo Judicial*. Curitiba: Juruá, p. 90-91.
- <sup>35</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 04 jan 2014.
- <sup>36</sup> STRECK, Lenio Luiz. O que é isso, o Ativismo Judicial, em Números? *Consultor Jurídico*, São Paulo, out. 2013, Observatório Constitucional, p. 4. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>>. Acesso em: 11 dez 2013.
- <sup>37</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 04 jan 2014.
- <sup>38</sup> BARROSO, loc. cit.
- <sup>39</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, 131 p. Disponível em: <<http://www.academia.edu/4591020/Curso-de-Direito-Constitucional-2012-Gilmar-Mendes>>. Acesso em: 14 fev. 2014.
- <sup>40</sup> SANCHÍS, Pietro. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madri: Trotta, 2003, 147 p.
- <sup>41</sup> *Idem. Ley, Principios, Derechos*. Madri: Dykinson, 1998, 44 p.
- <sup>42</sup> URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 99-101.
- <sup>43</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. In: FELLETT, PAULA, NOVELINO (orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 234 - 235.
- <sup>44</sup> *Ibid.*, p. 235.
- <sup>45</sup> *Ibid.*, p. 235.
- <sup>46</sup> *Ibid.*, p. 236.
- <sup>47</sup> *Ibid.*, p. 237.
- <sup>48</sup> *Ibid.*, p. 237.
- <sup>49</sup> WINCK, Enisa Eneida da Rosa Pritsch; REIS, Jorge Renato dos. A Concretização dos Direitos Fundamentais: Posição e Acepção na Arquitetura Constitucional. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/PUC MINAS, XVI, 2007, Belo Horizonte. *Anais Eletrônicos...* Belo Horizonte: PUC Minas, 2007. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/anais\\_bh.html](http://www.conpedi.org.br/anais_bh.html)>. Acesso em: 15 dez 2013.
- <sup>50</sup> MELLO, Marco Aurélio. 25 Anos de Interpretação Constitucional – uma História de Concretização dos Direitos Fundamentais. *Estadão*, São Paulo, 09 out. 2013, Arena Jurídica, Política. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/fausto-macedo/25-anos-de-interpretacao-constitucional-uma-historia-de-concretizacao-dos-direitos-fundamentais/>>. Acesso em 15 dez. 2013.
- <sup>51</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, 77 p.
- <sup>52</sup> MELLO, Marco Aurélio. 25 Anos de Interpretação Constitucional – uma História de Concretização dos Direitos Fundamentais. *Estadão*, São Paulo, 09 out. 2013, Arena Jurídica, Política. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/fausto-macedo/25-anos-de-interpretacao-constitucional-uma-historia-de-concretizacao-dos-direitos-fundamentais/>>. Acesso em 15 dez. 2013.
- <sup>53</sup> MELLO, loc. cit.
- <sup>54</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pleno. Agravo Regimental na STA nº 175/CE. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 17 de março de 2010. Diário de Justiça da União, Brasília, DF, 30 abril 2010.

- 
- <sup>55</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Extraordinário n° 368.564/DF. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 13 de abril de 2011. Diário de Justiça da União, Brasília, DF, 10 ago. 2011.
- <sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo de Instrumento n° 527.135/MG. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 8 de abril de 2005. Diário de Justiça da União, Brasília, DF, 21 jun. 2005.
- <sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n° 592.075/SP. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 19 de maio de 2009. Diário de Justiça da União, Brasília, DF, 05 jun. 2009.
- <sup>58</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário n° 595.595/SC. Relator: Ministro Eros Roberto Grau. Brasília, DF, 28 de abril de 2009. Diário de Justiça da União, Brasília, DF, 29 maio 2009.
- <sup>59</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário n° 595.595/SC. Relator: Ministro Eros Roberto Grau. Brasília, DF, 28 de abril de 2009. Diário de Justiça da União, Brasília, DF, 29 maio 2009.
- <sup>60</sup> GRAU, Eros Roberto. *Por que Tenho Medo dos Juízes* (a Interpretação/Aplicação do Direito e os Princípios). 6 ed. ref. São Paulo: Malheiros: 2013, 43 p.
- <sup>61</sup> MARTINS, Marianne Rios. Os Limites de Atuação do Poder Judiciário como Legislador Positivo para Efetivar Direitos Humanos de 2ª Dimensão. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UEA, XV, 2006, Manaus. *Anais Eletrônicos...* Manaus: UEA, 2006. Disponível em <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito\\_humano\\_td\\_marianne\\_rios\\_martins.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_td_marianne_rios_martins.pdf)>. Acesso em 20 nov. 2013.
- <sup>62</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 45. Partido da Social Democracia Brasileira-PSDB e Presidente da República Federativa do Brasil. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. Diário de Justiça da União, Brasília, DF, 4 maio 2004. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm> >. Ver também: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário n° 410715/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 22 de novembro de 2005. Diário de Justiça da União, Brasília, DF, 03 fev. 2006.
- <sup>63</sup> MARTINS, Marianne Rios. Os Limites de Atuação do Poder Judiciário como Legislador Positivo para Efetivar Direitos Humanos de 2ª Dimensão. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UEA, XV, 2006, Manaus. *Anais Eletrônicos...* Manaus: UEA, 2006. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito\\_humano\\_td\\_marianne\\_rios\\_martins.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_td_marianne_rios_martins.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2013.
- <sup>64</sup> MORO, Sergio Fernando. Por uma Revisão da Teoria da Aplicabilidade das Normas Constitucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, ano 9, n.37,out-dez. 2001, 104 p.
- <sup>65</sup> MELLO. Claudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004, 224 p.
- <sup>66</sup> STRECK, Lenio Luiz. A Hermenêutica Jurídica nos Vinte Anos da Constituição do Brasil. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org.). *O Novo Constitucionalismo na Era Pós-Positivista*. Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 70-71.
- <sup>67</sup> Ibid, p. 77.
- <sup>68</sup> Ibid, p. 82.
- <sup>69</sup> FERREIRA, Carlos Wagner Dias. Interpretação Constitucional e Argumentação Jurídica. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org.). *O Novo Constitucionalismo na Era Pós-Positivista*. Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009, 232 p.
- <sup>70</sup> MORO, op. cit, p. 104.
- <sup>71</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 45. Partido da Social Democracia Brasileira-PSDB e Presidente da República Federativa do Brasil. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. Diário de Justiça da União, Brasília, DF, 4 maio 2004. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm> >.
- <sup>72</sup> BRASIL, loc. cit.
- <sup>73</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: FELLETT, PAULA, NOVELINO (orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2013, 238 p.
- <sup>74</sup> Ibid., p. 239.
- <sup>75</sup> OLIVEIRA, Flavio Luiz de. Concretização de Políticas Públicas na Perspectiva da Desneutralização do Poder Judiciário. In: LUNARDI, Soraya (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 97-114.
- <sup>76</sup> DIAS, Jean Carlos. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Método, 2007, 44 p.

---

<sup>77</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y Constitución*. CARBONELL, Miguel (Trad.). Madri: Mínima Trotta, 2005, 91 p.