

ATIVISMO JUDICIAL PARA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Gitana Alves Ramires¹
Edinaldo Benício de Sá Júnior²

RESUMO

A partir da dificuldade do Estado para implantação de políticas públicas em razão da falta de recursos financeiros, analisa-se por uma visão dedutiva a importância do ativismo judicial para materialização dos direitos sociais descritos no Artigo 6º da Constituição Federal de 1988, bem como quais são as consequências trazidas pelo crescimento de decisões ativistas. A presente pesquisa tem por objetivos verificar a relevância desse movimento para os direitos fundamentais sociais, analisar quais os limites da intervenção do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas e se há descumprimento do princípio da separação dos poderes. Para tanto, utilizou-se o método histórico ao delinear a ascensão do Judiciário, como também o método comparativo ao expor duas visões sobre o tema, quais sejam, a de que o ativismo é imprescindível para garantia dos direitos sociais e o consequente risco de dano à positividade do direito moderno, à segurança jurídica e à tripartição dos poderes.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Direito sociais. Políticas públicas. Separação dos poderes.

JUDICIAL ACTIVISM FOR THE CONCRETION OF SOCIAL FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT

Based on the difficulty of the State to implement public policies due to the lack of financial resources, a deductive view is analyzed of the importance of judicial activism to materialize the social rights described in Article 6 of the Federal Constitution of 1988, as well as which are the consequences of the growth of activist decisions. The objective of this research is to verify the relevance of this movement to the fundamental social rights, to analyze the limits of the intervention of the Judiciary in the scope of public policies and if there is noncompliance with the principle of the separation of powers. For that, the historical method was used to delineate the rise of the Judiciary, as well as the comparative method by exposing two views on the subject, the first being favorable so that social rights are guaranteed, but on the other hand it has therefore risk of damage to the positivity of modern law, to legal certainty and to the tripartition of powers.

Keywords: Judicial activism. Social law. Public policies. Separation of powers.

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: gitanaalves45@gmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: beniciodesa@outlook.com

1 INTRODUÇÃO

O tema em comento é tido por muitos como um assunto, no mínimo, polêmico, tendo em vista que aborda sobre as decisões judiciais de cunho ativista, as quais atingem a população, bem como os cofres públicos do Estado, que possui o dever imposto pela Constituição Federal de 1988 de concretizar os direitos fundamentais, principalmente os de cunho social, através das políticas públicas. Entretanto, o Estado mostra-se omissos sob o argumento de que não possui orçamento suficiente para tanto, que é denominado Reserva do Possível.

O ativismo judicial possui importância para concretização dos direitos fundamentais sociais impostos na Constituição, alocando o orçamento do Estado para aplicação em políticas públicas necessárias ao desenvolvimento da população, cumprindo a Lei Suprema da República. Todavia, essa nova atuação do Poder Judiciário causa grande impacto no mundo jurídico já que tais decisões revelam maior intervenção em áreas que deveriam ser tratadas pelas outras esferas dos poderes (Executivo e Legislativo).

Diante do exposto, pergunta-se: o aumento da intervenção do Poder Judiciário para concretização dos direitos fundamentais sociais através da aplicação de políticas públicas pode ferir o princípio da separação dos poderes? Como se deve portar o juiz ativista ante a alocação dos recursos públicos do Estado? Qual a consequência da omissão estatal em materializar as políticas públicas? Que riscos podem trazer o aumento de decisões emanadas de cunho ativista? Como se pode perceber, o tema explorado abarca questões polêmicas de interesse de toda comunidade jurídica.

O objetivo geral da presente pesquisa é identificar a importância do ativismo judicial para concretização dos direitos fundamentais sociais, bem como analisar o dever do Estado no que tange a materialização das políticas públicas e o impacto causado no orçamento público. Como objetivos específicos, busca-se explicar por que o ativismo judicial é importante, identificar quais os limites desse tipo de decisão e analisar se há descumprimento do princípio da separação dos poderes.

A pesquisa iniciou com a história da tripartição dos poderes, observando conjuntamente a ascensão do Poder Judiciário. Constatou-se o papel de Aristóteles, através da obra *A Política*, ao delinear que em todo governo existe três poderes: o que delibera sobre os negócios do Estado, poder das magistraturas e os poderes dos cargos de jurisdição. Por conseguinte, observou-se que o princípio da separação dos poderes se concretizou através de Montesquieu, na obra *O Espírito das Leis*. Adiante, reconheceu-se a incompatibilidade do monarca deter em suas mãos os poderes de administrar, legislar e julgar. Posteriormente,

verificou-se que o princípio da separação dos poderes sempre esteve presente nas Constituições brasileiras. Por fim, explanou-se a função de cada poder no Brasil e a consequente ascensão do Judiciário, que ganhou forças principalmente com o início do constitucionalismo.

No segundo capítulo, a pesquisa abordou sobre as vertentes do ativismo judicial e a consequente judicialização da política no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as posições contrárias desse atual sistema, que caracterizam a existência de um governo de juízes, ocasionando assim a mitigação do princípio da separação dos poderes.

O ativismo judicial decorre uma escolha específica ao interpretar a Constituição, expandindo seus efeitos, instalando-se, geralmente, diante da inércia dos Poderes Legislativo e Executivo. Portanto, o aumento do ajuizamento de ações que buscam a efetivação dos direitos sociais é fruto da ausência de políticas públicas por parte do Estado.

No terceiro capítulo, remontou-se a história dos direitos fundamentais, enfatizando especificamente os direitos de primeira e segunda dimensão, sendo este último o responsável pela expansão dos direitos de cunho social, os quais, atualmente, possuem bastante repercussão, tendo em vista que o seu descumprimento fere o constitucionalismo contemporâneo.

Depois, abordou-se acerca das políticas públicas, o que são e quem detém legitimidade para concretizá-las, a importância de se conhecer quais os limites do orçamento público e até que ponto uma decisão judicial pode alocar os recursos do Estado para ser efetivada, corroborando assim no entendimento de que o ativismo judicial possui limites para atuar.

O método científico utilizado para construção da pesquisa fora o dedutivo, partindo da compreensão da regra geral do tema, qual seja, o princípio constitucional da separação dos poderes, para o particular, ou seja, a necessidade da concretização dos direitos fundamentais sociais através das políticas públicas. No que tange aos métodos de conhecimento, utilizou-se o histórico ao delinear a evolução da tripartição dos poderes, dos direitos fundamentais, bem como o crescimento do judiciário ativista. Ao comparar as diferenças entre o ativismo judicial, os limites para sua atuação, a judicialização da política e a omissão dos poderes Executivo e Legislativo, houve aplicação do método comparativo.

Ao final verificou-se que os objetivos não foram atendidos. Nesse sentido, chegou-se à conclusão que o ativismo judicial é importante para atender aos fins sociais, a saber, a concretização dos direitos fundamentais previstos no Artigo 6º da Constituição Federal de 1988, através de decisões que busquem a implementação de políticas públicas. Por outro lado, existe o risco de dano à positividade do direito moderno através de juízes que despedaçam a segurança jurídica quando abusam do uso de princípios e convicções pessoais.

2 TEORIA DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES – ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO

O princípio da divisão funcional dos poderes, pilar da República brasileira, encontra-se posicionado no Título IV da Constituição Federal de 1988. Cumpre destacar que o Poder Legislativo ocupa lugar de destaque, vez que a ele cabe a função primordial de criação de normas, inovando no ordenamento jurídico, para que o Executivo de ofício as aplique, bem como o Judiciário de modo contencioso no que tange ao caso litigioso concreto (BULOS, 2015, p. 1074).

Na origem, é importante destacar o papel de Aristóteles no livro *A Política* que, pela primeira vez, foi esboçada a teoria da separação dos poderes. Enfatiza que em todo governo existem três funções caracterizadas como essenciais, devendo o legislador prudente acomodar cada uma de maneira mais conveniente, ou seja, quando as três partes estão bem acomodadas demonstra que o governo também vai bem. Por conseguinte, caracteriza cada poder, havendo o que delibera sobre negócios do Estado, o poder que compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos e o terceiro poder que abrange os cargos de jurisdição (ARISTÓTELES, 1998, p. 127).

Contudo, Aristóteles não analisou a composição e a competência de cada função, fazendo com que não fosse estatutário do princípio da separação dos poderes. Foi o filósofo francês Montesquieu que titulou como precursor da teoria tripartite, o qual estabeleceu a conhecida divisão condensada no *Espírito das Leis*: Legislativo, Executivo e Judiciário (MATOS, 2011).

Montesquieu afirma na obra que “todo aquele que tem poder tende a abusar dele”, surge-se então a necessidade da separação dos poderes em legislativo, executivo e judiciário, modificando a antiga organização do Estado que era enfeixado em rei, imperador ou ditador, ou seja, concentrado apenas em uma só pessoa. Na verdade, o filósofo encontrava-se preocupado em dividir as funções para fugir do absolutismo que reinava. Assim, concluiu que o poder que elabora as leis não pode julgar e executar, o poder que executar não pode legislar nem julgar, e o poder julgador não pode legislar, tampouco executar. Cada um detém sua função típica (MATOS, 2011).

Vale lembrar que, antes de passar por Montesquieu essa teoria também passou por John Locke na obra *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*, ao nomear as funções estatais em Executivo, Legislativo e Federativo. Diferentemente de Montesquieu, em vez de ser todos harmônicos, para Locke o Legislativo teria superioridade perante os demais. Mas o crédito de

tudo, até por conta de aperfeiçoamento da teoria, foi dado a Montesquieu (COUCEIRO, 2012).

A teoria da separação dos poderes influenciou veementemente a Resolução Francesa (1789-1799), movimento que teve como um dos líderes o abade Emmanuel Joseph Sieyès, a partir da qual iniciou-se o período da supremacia legislativa, onde foi retirada a soberania do monarca e passada para o povo que deveria escolher seus representantes para elaborar as leis que iriam reger a nação. Surge assim uma onda legislativa, prevalecendo o escrito e o codificado. Durante o reinado do absolutismo, por volta do séc. XIV, o judiciário estava totalmente submetido ao monarca, sendo, inclusive, caracterizado o meio pelo qual o rei administrava a justiça, gerando sentimento de antipatia pelo povo em relação aos juízes (TAVARES, 2012, p.28).

Na Constituição Francesa de 1791, primeira lei maior pós revolução francesa que teve como um dos principais objetivos evitar a influência do rei na atividade jurisdicional, criou-se a estrutura do judiciário alicerçado na supremacia absoluta da lei. Por outro lado, a Revolução Francesa também proibiu o juiz de interpretar o ordenamento (CAMBI, 2011, p.249).

Assim, a separação entre Administração e Justiça decorreu do reconhecimento da incompatibilidade das decisões serem tomadas nas duas esferas por uma única pessoa. Os príncipes foram perdendo a competência de intervir diretamente na elaboração das leis, bem como no trabalho do Judiciário, encarregando-se apenas da função central de gerenciamento do Leviatã. O Estado continuou sendo o soberano, mas com as funções fracionadas em instituições subordinadas ao seu criador, o que demonstra que a separação dos poderes se caracterizou como um combate ao absolutismo monárquico decorrente da insatisfação social pelo modo como estava sendo gerenciado o Leviatã (RADBRUCH, 1930, p. 146).

No Brasil, o princípio da separação ou divisão dos poderes sempre foi presente no ordenamento jurídico, a contar da Constituição do Império de 1824 na qual era adotada a separação quadripartida, havendo a partição em Poder Moderador, Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. As demais constituições assumiram a formulação tripartite. (CABRAL, 2014)

À primeira vista, o termo *divisão* e *delegação* dos poderes parece ser impróprio em razão de três características fundamentais do poder político: *unidade, indivisibilidade e indelegabilidade*. O correto seria falar em separação de funções, pois formam um todo harmônico. A supremacia do poder político caracteriza a soberania do Estado que se manifesta através de seus órgãos. Estes são supremos, incumbindo-lhes o uso do poder político, sendo conjuntamente denominados de governo ou mais propriamente dito órgãos governamentais, além disso são dependentes administrativamente, em plano hierárquico inferior, formando a

Administração Pública (SILVA, 2014, p. 110).

Vale salientar que o poder político se desdobra em várias funções (distinção de funções) que fundamentalmente é a legislativa, executiva e jurisdicional. A diferença precípua com a divisão de poderes consiste na confiança de cada função governamental a órgãos diferentes, evitando assim *concentração de poderes* por um órgão apenas. Outrossim, é composto por especialização funcional (cada órgão é especializado para sua função), bem como independência orgânica (necessidade de cada órgão ser independente em relação aos demais). Dizer que são independentes entre si significa que suas decisões não dependem da anuência ou consulta dos outros poderes, podendo investir e decidir pela permanência de indivíduos nas funções respectivas nos órgãos e organizar livremente cada serviço (SILVA, 2014, p. 110-111).

O tratamento harmônico entre os poderes caracteriza o sistema de freio e contrapesos, ou seja, a divisão entre eles não é absoluta, havendo cortesia e respeito às prerrogativas que todos têm direito evitando-se desarmonia ou confusão de um em detrimento do outro. Por exemplo, os Tribunais não podem interferir nos trabalhos do Poder Legislativo, mas são autorizados a declarar inconstitucionalidade das leis (ação direta de inconstitucionalidade) para sua não aplicação. É primordial para o desenvolvimento a bom termo que os trabalhos do Legislativo, Executivo e Judiciário se baseiem no princípio da harmonia existindo colaboração e controle recíproco, evitando desmando e distorções. No Estado de Direito, onde impera a limitação dos poderes, haverá necessariamente o princípio fundamentado por Locke e Montesquieu, um dos eixos da ordem constitucional (BONAVIDES, 2014, p. 570).

Na classificação de Montesquieu, o Poder Legislativo é o primeiro dentre os Poderes do Estado que tem por função típica a criação dos comandos imperativos, gerais e abstratos, como também lhe compete a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo, competência esta exercida pela União através do Congresso Nacional que é composto pela Câmara dos Deputados (representantes do povo) e Senado Federal (representante dos Estados), vigorando assim o modelo bicameralista conforme aponta o Artigo 44, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Do ponto de vista atípico, o legislativo também administra e julga. Administra quando dá provimento de cargos, organiza e operacionaliza sua estrutura interna. Julga ao avaliar improbidade administrativa cometida pelo Presidente da República (BULOS, 2015, p. 1243).

Cabe ao Poder Executivo a função administrativa do Estado, concebido para manter a ordem interna, o qual exerce soberania estatal nas relações internacionais através do Presidente da República auxiliado pelos Ministros do Estado. Mas, além da função típica administrativa, o Executivo também pratica atos atípicos legislando por meio de medidas provisórias e julgando

no contencioso administrativo (BULOS, 2015, p. 1243).

O terceiro poder estatal atribuído à União, conforme encerramento da horografia dos poderes, é o Poder Judiciário que tem por função principal compor, através de seus órgãos, conflitos de interesses em cada caso concreto denominando-se função jurisdicional ou jurisdição, aplicando normalmente os critérios que foram editados pelo legislador. Sua independência e imparcialidade constituem garantias aos cidadãos, posto que é papel do judiciário consolidar princípios soberanos e direitos fundamentais, constituindo-se “oráculo da Constituição Federal de 1988 ” (SILVA, 2014, p. 559).

Conforme explanado, a função típica do Poder Judiciário é, simplesmente, julgar, aplicando normas jurídicas, produzindo coisa julgada material e formal. Por outro lado, além de dirimir conflitos de interesses, existe a função atípica quando legisla e administra. A função legislativa é afluada quando editam normas referentes aos assuntos *interna corporis* – regimentos internos – sobre competência e funcionamento dos seus respectivos órgãos. De outro modo, haverá o exercício da função administrativa ao conceder férias aos seus servidores, organizando o quadro de pessoal e provendo cargos de carreira, v.g. Lei Orgânica da Magistratura Nacional: Lei complementar nº 35 de 1979, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal (BULOS, 2015, p. 1281).

Ocorre que, nem sempre o Judiciário mantém igualdade com os demais poderes. Seu papel de guardião da Constituição brasileira de 1988 advém de diversas fases históricas do constitucionalismo e relações recíprocas entre os poderes, passando de um poder secundarizado, mecanicista e limitado pelas vontades impostas do legislador para um patamar de igualdade, adquirindo independência e discricionariedades próprias. Antes era obrigado seguir à risca o que ditava a lei, sendo apenas um mero reproduzidor das ordens legislativas. Hoje ele pode interpretar os vazios das normas vagas, imprecisas e abertas, gozando de liberdade ao julgar o caso concreto e deixando de lado o entendimento de que os juízes são apenas “boca da lei” (MARGRAF, 2015, p. 15).

Portanto, o campo do ativismo judicial, tão recorrente hodiernamente, vem manifestando-se através do Poder Judiciário quando emana uma decisão que invade assuntos de competência dos outros poderes, extrapolando seu conjunto de atribuições e adotando uma nova postura nas cominações dirigidas ao poder público. Isto pode acontecer quando o Estado se mantém inerte diante da obrigação de suprir as necessidades básicas do cidadão instituídas no Texto Constitucional (MARGRAF, 2015, p. 16).

Na última década, nota-se que os três poderes passaram a colidir com as diretrizes da Constituição Federal de 1988, mitigando assim o princípio da separação dos poderes, sob o

argumento da necessidade de concretização da democracia e da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de segunda dimensão (MARGRAF, 2015, p. 43).

3 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ao final da 2ª Guerra Mundial em 1945, o Estado Constitucional de Direito se consolidou na Europa Ocidental, que até então vigorava o Estado Legislativo de Direito no qual a Constituição era compreendida como um documento de cunho político. Em um ambiente que predominava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento não havia espaço para atuação do Poder Judiciário através do controle de constitucionalidade das leis ou, se havia, era muito sutil e pouco relevante. Mas com o advento do Estado Constitucional de Direito, a Constituição ocupou lugar superior passando a valer como norma jurídica disciplinando a produção de leis – impondo limites ao seu conteúdo – bem como deveres ao Estado. Percebe-se que aos poucos a Constituição se centraliza e o Poder Judiciário ganha supremacia (BARROSO, 2013, p. 18).

Existem causas que contribuem para o crescimento da judicialização da política, entre elas pode-se citar o reconhecimento de um judiciário forte e independente sendo elemento das democracias modernas, com a consequente ascensão de juízes e tribunais, especificamente no Brasil. Outra razão que coopera para o crescimento da judicialização da política brasileira decorre da desilusão, cingida por descredibilidade, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos. A terceira causa advém dos atores políticos que tementes pela instabilidade da opinião da sociedade transferem assuntos de sua competência para o judiciário decidir, evitando o desgaste do arbítrio de temas moralmente divididos, entre os quais se pode citar a união homoafetiva como entidade familiar decidida pelo STF através da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI - nº 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF - nº 132 (STF, 2011), bem como a interrupção da gestação através do julgamento do Habeas Corpus nº 124306 no qual o Min. Luís Roberto Barroso argumentou que a criminalização do aborto não é compatível com diversos direitos fundamentais, tais como a integridade física e psíquica da gestante, direitos sexuais e reprodutivos e princípio da igualdade (STF, 2016).

A nova função dada ao judiciário vem causando grande impacto no mundo jurídico pois suas decisões estão revelando maior poder criativo ao expressar temas anteriormente estranhos à sua apreciação, voltados ao campo político, sendo taxadas de violadoras ao princípio da separação dos poderes e ativistas pela comunidade jurídica. Os opositores desse

atual sistema vêm sustentando o alargamento de um “governo dos juízes”, os quais apresentam perigo às instituições democráticas (BARROS, 2013, p. 91).

A doutrina e jurisprudência até a última década acreditavam que os direitos fundamentais sociais eram apenas normas programáticas devido à baixa carga normativa, impedindo a exigência em juízo de prestações positivas do Estado. Toma-se como exemplo o Artigo 196 da Constituição Federal de 1988, interpretada como norma meramente programática e não como obrigação do Poder Executivo fornecer intervenções e medicamentos. Não é difícil pensar que o princípio da separação dos poderes está sendo violado quando as políticas públicas, que são de competência dos Poderes Executivo e Legislativo, estão se concretizando através da intromissão do Poder Judiciário (BARROS, 2013, p. 92).

Atualmente, decorrente da constante mudança das funções típicas e atípicas de cada poder, faz-se necessário interferência do judiciário para concretização das políticas públicas para cumprimento da Constituição. Durante o Estado de Direito Clássico, o Poder Legislativo detinha concentrado clara proeminência, de acordo com o primado da lei. Por outro lado, já no Estado Social de Direito tal protagonismo foi transferido para o Poder Executivo. Por fim, no Estado Democrático de Direito há deslocamento das atenções para o Poder Judiciário que determina eficácia de decisões de cunho político, trazendo à tona o fenômeno da judicialização da política (SOUZA, 2010, p. 84-89).

Diversos são os fatores históricos que proporcionam o aumento da judicialização da política, cabendo mencionar a redemocratização do país e a promulgação de um texto constitucional que valoriza piamente direitos fundamentais importando inúmeras tarefas aos Poderes Executivos e Legislativo, além das grandes expectativas depositadas no Poder Judiciário considerado muitas vezes como “guardião das promessas” e principal responsável pela efetivação da Constituição. Isso acontece em razão do descrédito deixado pelos poderes democraticamente eleitos, caracterizando um Estado Social que não cumpre seus objetivos através das políticas públicas, o que estimula o crescimento da litigância judicial como garantia das prestações positivas encontradas na Constituição (VIEIRA; CAMARGO; SILVA, 2009, p.74-85).

Mister destacar que judicialização e o ativismo judicial não são a mesma coisa, apesar de possuírem ligação, necessitando diferenciá-los em diversos pontos. Ambos vêm da mesma família, frequentam os mesmos locais, mas não têm as mesmas origens. O ativismo judicial decorre uma escolha específica ao interpretar a Constituição ao expandir seus efeitos instalando-se geralmente diante da inércia do Poder Legislativo, do distanciamento entre os agentes políticos e a sociedade civil, impedindo que as políticas públicas sejam realmente

efetivadas (PAGANELLI; JUNIOR; SIMÕES, 2011, p.132).

As primeiras origens da postura ativista remonta à Suprema Corte norte-americana ao criar o controle judicial de constitucionalidade, caracterizado inicialmente como um ativismo de natureza conservadora amparando judicialmente a segregação racial. Contudo, a partir da metade do século XX, durante a presidência de Earl Warren e começo da corte de Warren Earl Burger, o cenário conservador mudou quando diversas jurisprudências de caráter progressistas, referentes a direitos fundamentais, foram produzidas (v.g. caso *Brown v. Board of Education*, 1954) (PAGANELLI; JUNIOR; SIMÕES, 2011, p.132).

Ademais, o ativismo representa a ampla participação do judiciário na concretização dos princípios e objetivos constitucionais, estendendo-se no campo de atuação dos outros dois poderes. Também se manifesta através da aplicação direta da Constituição, durante a omissão do legislador ordinário, pela declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos e através das abstenções do poder público na realização de políticas públicas (BARROSO, 2009, p.21).

Oposto ao ativismo está a autocontenção, conduta pela qual o judiciário procura interferir reduzidamente nas ações de competência de outros poderes evitando aplicar a Constituição em situações que não estejam expressas no seu âmbito de incidência, preferindo aguardar a posição do legislativo, utiliza critérios rígidos e conservadores para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, como também opta pela abstenção na definição de políticas públicas. Tais critérios eram adotados pelo Poder Judiciário brasileiro até a Constituição de 1988. O ativismo judicial difere da autocontenção pois tenta extrair o máximo do texto constitucional (PAGANELLI; JUNIOR; SIMÕES, 2011, p.132).

Atualmente é perceptível a crescente atuação ativista no Brasil. O exemplo mais notório gira em torno da distribuição de medicamentos e determinação de terapias através de decisões judiciais, mais corriqueiras na Justiça Estadual e Federal. Tais decisões impõem à União, ao Estado ou ao Município (também ocorre para os três solidariamente) o custeamento de medicações e tratamentos, muitos deles com valores elevadíssimos e não encontrados nas listas do Ministério da Saúde, Secretarias Estaduais e Municipais. Não é um labor tão desgastante perceber o aumento da intervenção do judiciário no meio social que age em nome da Constituição através de decisões que inovam na ordem jurídica, consequência da crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no campo dos Poderes Legislativo e Executivo (BARROSO, 2009, p.24).

Outrossim, não se pode negar que esse fenômeno possui lado positivo posto que o judiciário supre a lacuna deixada pela omissão dos outros poderes, atendendo assim aos anseios

populacionais que não foram satisfeitos. Por outro lado, demonstra a crise pela a qual vem passando o Poder Legislativo. As decisões de cunho ativista devem ser emanadas eventualmente, em dado momento histórico, pois sua intensificação causa risco à legitimidade democrática (lembre-se que os membros do judiciário não são eleitos, apesar de serem investidos de poder público, sendo capazes inclusive de invalidar atos emanados pelo os outros dois poderes), risco da politização da justiça, bem como risco à capacidade institucional do judiciário e seus limites (risco à separação dos poderes) (BARROSO, 2009, p.24).

4 EFICÁCIA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Os direitos humanos fundamentais colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias inseridas nas Constituições, a fim de que seja consagrado o respeito à dignidade da pessoa humana, garantir a limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana (MORAES, 2003, p.19). As ideias de direitos fundamentais e democracia representam as duas maiores conquistas da moralidade política em todos os tempos (BINENBOJM, 2008, p.49). Ocorre que ainda é evidente a problemática para eficácia e efetivação dos direitos fundamentais, em face do ainda não superado fosso entre ricos e pobres (SARLET, 2004, p. 25).

A teoria geral dos direitos e garantias fundamentais não nasceu da noite para o dia, sendo fruto da fusão de várias fontes históricas, arraigadas nas diversas civilizações, das lutas, dificuldades, alegrias e tristezas que circundam a própria existência terrena. Seu fundamento é embasado na proteção da dignidade da pessoa humana, possuindo a Constituição como fonte de validade (BULOS, 2015, p. 526).

Mas o que são direitos fundamentais? Constituem-se como conjunto de normas princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, visando limitar os abusos do poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas. São normas constitucionais positivas. Urge dizer que a noção de direitos fundamentais é bem mais antiga que o surgimento da ideia de constitucionalismo. Por conseguinte, a constitucionalização de tais direitos significa a plena positivação, a fim de que qualquer indivíduo possa exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para concretização da democracia, proteção esta indispensável para efetivar a aplicabilidade dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 (MORAES, 2003, p. 25).

A evolução histórica dos direitos humanos fundamentais remonta a antiguidade, apontada no antigo Egito e Mesopotâmia onde já eram previstos alguns mecanismos de

proteção individual em relação ao Estado, bem como o Código de Hamurabi – 1690 a.C. – sendo a primeira codificação a taxar um rol de direitos como a vida, propriedade, honra, dignidade, família, além da supremacia das leis em relação ao governante. *A posteriori*, na Grécia surgem diversos estudos sobre a necessidade da igualdade e liberdade do homem, como por exemplo a crença de um direito natural anterior e superior às leis escritas conforme elencado na obra *Antígona* – 441 a.C. – quando Sófocles defende normas não escritas e imutáveis superiores às leis positivadas. Todavia, foi na *Lei das doze tábuas*, derivada do Direito Romano, que houve a consagração da liberdade, propriedade e proteção aos direitos do cidadão, visando tutelar direitos individuais (MORAES, 2003, p. 25).

Os antecedentes históricos mais importantes dos direitos fundamentais encontram-se na Inglaterra onde originou-se a *Magna Charta Libertatum*, outorgada em 15 de junho de 1215, de João Sem-Terra, a *Petition Of Right*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Bill Of Rights*, de 1689, e *Act Of Seattlemente*, de 1701. Por conseguinte, ter-se-á a participação dos Estados Unidos da América através da Declaração de Direitos da Virgínia (1776), Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776), bem como a Constituição dos Estados Unidos da América (1787) (SARLET, 2014, 49-52). Mas toda consagração à universalidade manifestada dos direitos fundamentais se deve à França que, através de seu racionalismo, em 1789, a Assembleia Nacional estipulou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, carta na qual possuiu 17 artigos (BONAVIDES, 2014, p. 576).

Cabe ainda abordar sobre suas respectivas dimensões, vez que todas as constituições modernas passaram a reservar um capítulo em seu texto para abordar sobre os direitos fundamentais. Muito se é idealizado que os direitos fundamentais são imutáveis e eternos, todavia tal concepção é equivocada pois, na verdade, tais direitos são bastantes dinâmicos em razão da necessidade de acompanhar a constante transição da sociedade (MARMELESTEIN, 2013, p. 37). Então, as evoluções dos direitos fundamentais dividem-se na primeira dimensão, segunda dimensão, terceira dimensão e quarta dimensão. Há ainda quem fale de uma quinta dimensão de direitos fundamentais. Para compreensão do ativismo judicial na concretização das políticas públicas faz-se necessário abordar somente sobre as duas primeiras dimensões que tratam sobre os direitos sociais.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais surge com o Estado Liberal do sec. XVIII, possui caráter negativo vez que são dirigidos a uma abstenção frente ao Estado, em que o indivíduo se reveste com direitos de defesa contra a privação arbitrária da liberdade, inviolabilidade do domicílio, segredo de correspondência, bem como da liberdade de ordens econômicas e políticas (TAVARES, 2014, p. 352).

O Estado Liberal então entra em crise, acompanhado de um antropocentrismo jurídico, devido às atrocidades cometidas contra a pessoa humana durante a Segunda Guerra Mundial, desenvolvendo-se um modelo de Estado democrático e social, o qual passou a valorar a concretização dos direitos fundamentais de cunho social, tendo o princípio da dignidade da pessoa humana ocupando lugar de destaque (MARMELESTEIN, 2013, p. 45).

Portanto, na segunda dimensão há os direitos sociais, econômicos e culturais, que visam meios imprescindíveis para efetivação dos direitos individuais, ligados às necessidades básicas dos indivíduos, independentemente de sua qualidade de trabalhador, como alimentação, saúde, moradia, educação, assistência social etc., partindo da ideia de que sem tais condições básicas de vida, a liberdade é uma fórmula vazia. Surgem num dado momento histórico muito importante no século XIX, a Revolução Industrial – 1760 a 1860 -, denominado pelos franceses como *Belle Époque*, mas que por outro lado cresceu mediante as custas de grande parcela da população. Aqui o Estado perdeu a capacidade de garantir a harmonia social, fazendo com que se formassem grupos fortemente politizados. A igreja católica, nessa época, publicou em 15 de maio de 1891 a encíclica *Rerum novarum*. Em tal contexto nasce o *Welfare State*- Estado do bem-estar social, que objetiva promover igualdade social e condições básicas para uma vida digna (MARMELESTEIN, 2013, p. 45-46).

De acordo com o que foi dito, através de uma breve análise, percebe-se que os direitos fundamentais de segunda dimensão diferem dos direitos fundamentais de primeira dimensão, vez que estes visam possibilitar a limitação do poder estatal e permitir a participação da população nos negócios públicos, impondo ao Estado deveres e tarefas. É um Estado liberal tutelando direitos individuais. Por outro lado, a segunda dimensão alavanca o desenvolvimento do ser humano através do fornecimento de condições básicas para gozar de forma efetiva a liberdade. Aqui fala-se de direitos coletivos, ao pé da igualdade (MARMELESTEIN, 2013, p. 45-46).

No Brasil, os passos iniciais para a formação de um Estado dotado pelo bem-estar social deram-se nas Constituições de 1934 e 1946, as quais previam diversos direitos sociais entre eles podemos citar a aposentadoria, educação, assistência social, direitos protecionistas ligados aos trabalhadores etc. Contudo, foi na Constituição Federal de 1988 onde inaugurou-se um novo ciclo do cenário jurídico nacional, sepultando o autoritarismo da ditadura militar e representando o nascimento da nova democracia (LIMA, 2014).³

³ O Presidente da Assembleia Constituinte, Ulysses Guimarães, proferiu o seguinte discurso: “O homem é problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania. A Constituição luta contra os bolsões de misérias que envergonham o país. Diferentemente das sete Constituições

Nesse contexto, houve a quebra da tradição constitucional brasileira, vez que agora os direitos fundamentais estão numa posição topograficamente privilegiada inseridos no topo da Constituição, nos artigos iniciais (arts. 5º a 17), após os que disciplinam a divisão dos poderes e das competências. Todavia, não basta apenas enunciar os direitos, é necessário protegê-los e concretizá-los, retirando a norma do papel e dando-lhe vida, proporcionando assim os efeitos almejados (BOBBIO, 1992, p. 37).⁴

Outrossim, ainda existe um sentimento de frustração constitucional que de certa maneira contribui para enfraquecer a luta em favor dos valores constitucionais fazendo com que a Lei Suprema perca sua importância jurídica diante da população (BARROSO, 1996, p. 84). Sem o compromisso político e o engajamento social, não passará apenas de uma folha de papel (LASSALE, 1998).

Um dos grandes problemas que atormentam o constitucionalismo contemporâneo reside na concretização dos direitos fundamentais sociais que já se encontram incorporados às Constituições da maioria das nações, inclusive na do Brasil. Dispositivos estes dotados de normatividade plena que vinculam todas as esferas do Poder Público, o qual possui o dever de dar-lhes máxima efetividade (STRECK, 2008, p. 260-261).

Atualmente, existem diversos direitos sociais que para serem concretizados necessitam de prestações positivas por parte do Estado através de políticas públicas e da disposição de recursos financeiros, mas encontram obstáculos para cumprimento em razão da justificativa governamental da limitação orçamentária (STRECK, 2008, p. 260-261).

O Brasil é um país de modernidade tardia, tendo em vista que não efetivou nem concretizou os direitos sociais dispostos no Texto Constitucional, bem como não há uma democracia suficientemente desenvolvida que possibilite a participação efetiva da população nas deliberações do Estado, concluindo-se que o poder Legislativo está muito distante de providenciar as políticas públicas de inclusão e concretização dos direitos fundamentais (STRECK, 2008, p.261).

Então, a sólida intervenção do Poder Judiciário estimula a concretização desses direitos, atinentes a um mínimo bem-estar individual e social. O ativismo judicial é consequência atribuída à situação de suprimimento da lacuna orçamentária do Estado em relação à materialização das políticas públicas. Uma expressão lídima da democracia real. Em uma

anteriores, começa com o homem. Graficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita por o homem, que o homem é o seu fim e sua esperança. É a Constituição Cidadã.”. É notório o discurso em favor da redução das desigualdades sociais e enaltecendo os direitos fundamentais.

⁴ A própria Constituição diz no art. 3º que são objetivos da República Federativa do Brasil, o papel do Estado brasileiro, acabar com a miséria e reduzir as desigualdades sociais.

sociedade desigual como a brasileira, o povo busca a tutela do Poder Judiciário como promovedor de medidas sociais compensatórias, a fim de que sejam garantidos seus direitos fundamentais que não são efetivados pelo Executivo que alega diversas razões, tais como problemas operacionais, orçamentários ou, ainda, ausência de regulamentação pelo Poder Legislativo. O julgador ativista desenvolve sua interpretação com viés constitucional, buscando compatibilizar a aplicação da norma com os fins constitucionais, sendo que tal atitude não pode ser considerada antidemocrática simplesmente por se caracterizar contramajoritária, pois os Tribunais podem dar voz às minorias ou solucionar graves problemas decorrentes da ausência do consenso político do Governo (MARCHESI; FONSECA, 2013, p. 139-157).

Todavia, é importante que o Poder Judiciário reflita sobre as consequências econômicas, sociais e políticas trazidas por uma decisão que aloque os recursos públicos do Estado, pois não é objetivo da Constituição construir uma comunidade ingovernável e injusta. Deve ainda ter especial atenção aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e adequação, tendo em vista que a intervenção generalizada no orçamento público pode engessar outras políticas públicas que também possuem importância para satisfação dos direitos fundamentais (COSTA, 2013, p. 255-269).

Ademais, ao atribuir às cortes brasileiras a responsabilidade pela efetivação e concretização dos direitos fundamentais, como se fossem os únicos guardiões da Constituição, retiraria a culpa da sociedade e dos legisladores pelas ações e decisões tomadas, caracterizando a infantilização paternalista do povo, que abdica de sua autonomia para tomar decisões morais relevantes (MARGRAF, 2015, p. 43).

5 A IMPORTÂNCIA DO ORÇAMENTO PÚBLICO E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL PARA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme previsão no Texto Constitucional, os direitos fundamentais visam a proteção dos bens previstos no art. 6º.⁵ Portanto, é dever do Estado, a cargo dos Poderes Executivo e Legislativo, instrumentalizar esses direitos mediante implementação de políticas públicas. Ocorre que, tais políticas não cumprem seu objetivo, qual seja, a real satisfação dos direitos fundamentais sociais, sendo por diversas vezes omissas, ocasionando lesões e consequentemente proporcionando o ajuizamento de ações perante o Poder Judiciário visando

⁵ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

a sua correção e o realinhamento (COSTA, 2013, p. 255-269).

O objetivo do Estado é realizar o bem público, com a satisfação do interesse público, que por essa razão o Estado exercita o poder que lhe foi outorgado pelo povo através das competências estabelecidas constitucionalmente, utilizando-se dos órgãos competentes da estrutura administrativa para realizar serviços e atividades de interesse da coletividade na maioria dos casos, exercício o qual deve estar regido pelas normas e princípios constitucionais impostos (MILESKI, 2003, p. 42).

Mister salientar que o Estado necessita de recursos financeiros para exercício do seu ofício (fiel atendimento ao bem público), então, nesse contexto, diante da evolução relativa à garantia de direitos fundamentais há necessidade do Estado buscar dentro do orçamento disponível meios para satisfação dos direitos estabelecidos por lei, inclusive criando novas formas para arrecadar recursos para tais fins (ORTIZ, 2004, p. 14).

Ocorre que, diante do dever imposto para concretização dos direitos fundamentais tão sonhados pela população gera uma sobrecarga ao Estado, que em muitas situações não cumpre sua função, causando assim o aumento de ações no judiciário com o objetivo de efetivar os direitos formalmente existentes transformando-se no grande repositório das promessas não realizadas da modernidade. O problema reside também na concepção de que o judiciário não se encontra aparelhado para responder a estas demandas e se é o “*locus*” para discutir e tutelar os direitos sociais, econômicos e culturais (ORTIZ, 2004, p. 14).

A inflação dos direitos fundamentais sociais faz com que os Poderes Executivo e Legislativo não consigam implementá-los, transmitindo o encargo ao Judiciário que supre as omissões e coíbe as comissões lesivas aos direitos sociais. Ademais, trata-se de exclusiva medida de concreção dos direitos constitucionalmente previstos, tendo o Judiciário atribuição constitucional residual no que tange às políticas públicas, ou seja, não pode intervir indistintamente na competência dos outros poderes, somente quando houver omissão ou contrariedade (BERIZONCE, 2010, p. 2).

Tal intervenção na atividade financeira do Estado faz com que brotem graves problemas, como por exemplo a dificuldade do magistrado em visualizar os recursos financeiros disponíveis para materialização dos direitos fundamentais ao determinar a construção de uma maternidade que não foi prevista na organização orçamento público. Há escassez de recursos para atendimento dos direitos constitucionalmente garantidos, que por diversas vezes não está sendo observado pelos julgadores (JUNIOR, 2011, p. 148).

A escassez dos recursos é expressa na tese da “reserva do possível”, a partir da qual a prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade

dos respectivos recursos (SCAFF, 2005, p. 83). Todavia, o argumento não é sólido o bastante para afastar o imperativo de concretização dos direitos fundamentais sociais, tendo em vista que a Constituição ostenta força normativa, ativa e vinculante, exigindo do administrador público a máxima atuação para fiel implementação desses direitos, não se admitindo as práticas governamentais que esqueçam de cumprir a Constituição sob o argumento de falência orçamentária do Estado ou cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal. A Constituição não está abaixo de uma norma infraconstitucional (CRISTÓVAM, 2011).

Nessa esteira, merece destaque uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia a qual confirmou o entendimento juízo de primeira instância, no sentido de bloquear as verbas do município de Ilhéus, a fim de repassá-las ao Fundo Municipal da Criança e Adolescente que não estava recebendo quaisquer valores, sob o argumento de que é necessário priorizar a adoção de políticas públicas voltadas às crianças e adolescentes e que não era cabível a tese da “reserva do possível” por ser a verba contingenciada no percentual de 0,25% do orçamento local (TJBA, 2010).

Para compreender até que ponto a intervenção do judiciário pode atingir a atividade financeira do Estado se deve primeiramente ter uma breve noção do orçamento público brasileiro na Constituição Federal, possibilitando a análise de como estão sendo concretizadas as políticas públicas, principalmente aquelas destinadas a concretização dos direitos fundamentais inseridos na Constituição Federal de 1988 (MILESKI, 2003, p.42).

De acordo com o artigo 1º, o Brasil é um Estado democrático de direito, formado pela união indissolúvel da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, bem como constituído pelo poder que emana do povo que é exercido por meio de seus representantes eleitos.⁶ Nos termos do artigo 2º, os representantes eleitos do povo pertencem aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, estes que são considerados independentes e harmônicos entre si. No que tange ao orçamento público, vale destacar que cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre o sistema tributário nacional, arrecadação e distribuição de renda, plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado, conforme dispõe o artigo 48, incisos I e II (BRASIL, 1988).⁷

Para que os direitos e garantias individuais tão ressaltados na Constituição sejam

⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito[...]Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁷ Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: I - sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas; II - plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado[...].

amplamente satisfeitos, deve o orçamento público buscar o melhor aproveitamento dos recursos financeiros disponíveis, vez que o Estado passou a necessitar de mais recursos para satisfação do interesse do povo (MILESKE, 2003, p.42).⁸

Atualmente as políticas públicas possuem papel viabilizador para concretização dos direitos fundamentais sociais, um dos grandes desafios do direito constitucional moderno.⁹ O fortalecimento popular, com a criação de demandas sociais, não está sendo refletido pelos orçamentos públicos, em razão da desigualdade entre aqueles que detêm poderes para eleger seus representantes para exercício do mandato popular no Congresso Nacional, para tutelar interesses meramente pessoais do pequeno grupo, ao invés de defender efetivo interesse público. Tal grupo detentor de poderes se beneficia com falsas políticas públicas, o que destaca a necessidade da participação popular na determinação das prioridades de utilização de recursos, modificando a realidade do sistema de políticas públicas do Brasil (NOBRE JÚNIOR, 2007, p. 02).

Ademais, negam-se os mais fundamentais direitos e garantias fundamentais, estes restando desrespeitados pelo Poder Público. Tais desvios das políticas governamentais é amplamente sentido pelo povo, havendo diversos exemplos da péssima administração de recursos no âmbito da educação e saúde. A CPMF (Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira) é um deles, a qual teria destino certo na melhoria do sistema de saúde, mas demonstrou o contrário, bem como do sucateamento do ensino público, principalmente das Universidades Federais. Também é válido abordar sobre segurança onde goza de ausência de políticas que deveriam diminuir a situação precária das cadeias e penitenciárias (punição e ressocialização dos apenados), por exemplo medidas que insiram os jovens no mercado de trabalho para não entrar no mundo da criminalidade novamente. Diante de tal constatação, da insuficiência do instrumental existente, sistema eleitoral falho e ausência de solução, faz surgir a possibilidade de concretização desses compromissos através das vias judiciais, autorizado pela Constituição, o que influencia diretamente sobre as políticas públicas (PENNA, 2014, p. 196-218).

Muitas vezes, para que os direitos dos cidadãos sejam efetivados faz-se necessário que

⁸ “(...) trata-se do principal instrumento de exercício do poder intervencionista na vida política, econômica e social do Estado, com influência na vida de cada cidadão. É por meio do orçamento Público que o Estado pode proceder a uma redistribuição de renda, aumentando ou reduzindo a carga tributária. É pelo orçamento público que o Estado diz se vai colocar uma lâmpada no último poste, da última rua, da última vila da periferia ou se vai construir um palácio ou uma usina elétrica. Portanto, é incontestável o poder de influência intervencionista deste instrumento estatal chamado orçamento público.”

⁹ Bem observado por Nobre Júnior: “Não se pode desconhecer que, na atualidade, a efetivação dos direitos sociais tem-se constituído um verdadeiro cavalo de Tróia para o direito constitucional, tendo em vista à discussão acerca da obrigatoriedade do cumprimento pelo Poder Público das normas que os consagram.”.

o julgador ultrapasse o liame da mera aplicação estrita da lei, assumindo relevante papel de transformação do ideário constitucional em realidade já que é notória a retração dos Poderes Legislativo e Executivo na concretização dos direitos fundamentais deixando o povo impossibilitado de exercê-los (MARCHESI; FONSECA, 2013, p. 139-157).

Faz-se necessário analisar algumas decisões munidas de ativismo judicial, para que se possa compreender melhor o tema. Em sede de Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 175/CE, em julgado de 17.03.2010, o STF determinou o fornecimento de remédios pelo Estado para uma jovem portadora de patologia chamada *Niemann-Pick* tipo C, o qual possibilitaria o aumento de sobrevida e melhora da qualidade de vida, vez que a família não tinha condições para custear a medicação, sob o argumento de que não houve qualquer violação ao princípio da separação dos poderes devido ao dever do Poder Judiciário garantir o direito à saúde, como também não haveria no caso em tela invasão de competência administrativa da União ou de desordem em sua esfera (STF, 2009). Ainda na esfera do direito à saúde, o Superior Tribunal de Justiça no Mandado de Segurança nº 24.197/PR, julgado em 04.05.2010, Relatoria do Min. Luiz Fux, decidiu pela obrigação do Estado fornecer remédios de acordo com os termos do art. 196, CF/88 e do princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).¹⁰

A ação civil pública ajuizada pelo Ministério de São Paulo, através da Promotoria da Infância e Juventude da Comarca de Santos, objetivou da Prefeitura a implementação de serviço oficial de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos, sustentando o argumento de que a Municipalidade estava renitente em cumprir a Resolução Normativa nº 4/97, do Conselho Municipal da Criança e do Adolescente de Santos, ferindo assim o Estatuto da Criança e do Adolescente, principalmente o art. 88, II. Ademais, decidiu o Superior Tribunal de Justiça em Recurso Especial que o Poder Judiciário realizasse o controle das políticas públicas determinando a inclusão de verbas no próximo orçamento, a fim de atender propostas políticas certas e determinadas, justificando ainda em critérios de conveniência e oportunidade do administrador público nos quais pode o judiciário intervir (STJ, 2004, p.236).

6 OS LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL

Em suma, para discutir sobre o ativismo judicial é necessário analisar os pontos existentes na Constituição que limitam a função jurisdicional. Primeiramente, há o princípio da

¹⁰ 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.

separação dos poderes já explorado no início deste artigo, no qual foi dito que cada poder detém sua principal função, espaço próprio, mas trabalhando harmonicamente. Também o princípio democrático, o qual encontra-se na base da constituição que diz que todo poder emana do povo e é exercido por seus representantes eleitos. Por fim, o princípio da inafastabilidade da função jurisdicional, a saber que não será excluído da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão ao direito (MARGRAF, 2015, p. 15-44).

O segundo passo é fazer distinção entre a função legislativa e a função jurisdicional. O Legislativo exerce a função típica de criar leis, criação de leis para o futuro principalmente, visando o que vai acontecer, excepcionalmente atuando para o passado. Por outro lado, o Judiciário trabalha com o presente e o passado, interpretando a lei e lhe atribuindo um respectivo sentido, ou seja, o juiz cria a norma através da interpretação feita do dispositivo legal (MARGRAF, 2015, p. 15-44).

Sendo assim, o juiz deve obedecer a vontade do legislador ou a vontade da lei? Quando empossado o magistrado se reveste do compromisso de cumprimento da Constituição, bem como das leis a ela interligada, devendo fidelidade básica ao que foi definido pelo legislador. Mas caso apareça alguma situação que não foi alcançada pelo legislativo diante dos tribunais, deverá o juiz se omitir em julgá-la? Urge destacar que o juiz não pode deixar de sentenciar pelo fato de não existir lei regulamentando, abrindo-se então espaço para que surjam normas advindas do Judiciário quando o legislador não atua (NASSIF, 2014).

Quem defende a responsabilidade do Judiciário rever os atos/leis do legislativo argumenta que se couber ao próprio legislador examinar a compatibilidade de seus atos com a Constituição, será inevitavelmente um julgamento em causa própria. Portanto, o judiciário seria um agente externo, imparcial, neutro, que não sofre pressão política, sendo assim capaz de analisar a atuação do legislador que fosse contrária à Constituição (MARGRAF, 2015, p. 15-44).

O ativismo judicial tem se expandido porque nosso sistema comporta provimentos jurisdicionais de alcance médio, ou seja, há todo um sistema de processo coletivo permitindo ao magistrado que profira sentenças com eficácia subjetiva mais ampliada, ultrapassando o tradicional conceito de sentença. Diante desse cenário, existem dois espaços importantes que propiciam a intervenção do judiciário: quando há insuficiência da atividade legislativa e os mecanismos concedidos pela Constituição ao judiciário para preencher tais vazios através dos princípios gerais, analogia, e a partir de 1988 com o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade. Então, a Constituição propicia ao judiciário ferramentas importantes possibilitando sua atividade normativa, entretanto não pode o judiciário ultrapassar os espaços

próprios estabelecidos na Constituição Federal de 1988 (RAMOS, 2010, p. 129).

Para retirar a legitimidade do fenômeno em questão, muitos críticos procuram centrar como uma possível ofensa ao princípio da separação dos poderes, tornando o ativismo judicial ilegítimo e inconstitucional. Ainda há quem sustente que o problema vai muito mais além da ofensa desse princípio constitucional, argumentando que há uma confusão entre direito e política e que o ativismo judicial é um sintoma da sociedade pós-moderna que não se satisfaz com as prestações do serviço público e tutela dos direitos individuais nos moldes do Estado moderno, revelando-se incapaz de lidar com os anseios sociais cada vez mais frenéticos. A discussão vai mais além da separação dos poderes, ativismo judicial reflete os limites entre direito e política (RAMOS, 2010, p. 129).

Enquanto há um ativismo judicial positivo de um lado, caracterizando aquele que se encaixa no padrão de racionalidade jurídica vigente em nosso ordenamento, que busca proteger direitos fundamentais ou garantir a supremacia da Constituição, por outro lado também existe um ativismo judicial nocivo, vez que foge da intenção acima descrita, fazendo preponderar um padrão de racionalidade eminentemente político (ANDERSON, 2012, 37-57).

Hoje, sob o chamado de Estado Moderno, na medida que permite um horizonte de previsibilidade e calculabilidade, aceita-se o poder¹¹ por conta de garantias mínimas de segurança por ele bem ou mal asseguradas. Discute-se quem produz a norma jurídica: O Legislativo ou Judiciário? (GRAU, 2017, p. 15 e 18)

Realmente, algumas críticas ao sistema representativo brasileiro servem para aumentar o anseio popular pelo socorro do poder Judiciário, pois este, apesar de não ser uma instituição representativa e eleita pelo povo, estaria mais preocupada com a sociedade ao aplicar princípios e direitos fundamentais em suas decisões, do que os próprios representantes diretamente eleitos. Ademais, os legisladores estão mais focados com a conveniência política do que com os direitos fundamentais. É impossível acreditar que o parlamento está disposto a levar o direito a sério, de acordo com sua composição e organização, o que prejudica a credibilidade do sistema representativo (MARGRAF, 2015, p. 40).

Quem critica a expansão da atividade judicial ou a politização do judiciário, pelo fato de se está comprometendo a imparcialidade da instituição e desprestigiando a atuação dos parlamentares, defende a corrente do procedimentalismo, os quais utilizam o discurso de fundamentação da norma se preocupando com a busca de solução imparcial para validação da norma, sem levar em consideração as variantes do caso concreto, analisando tão somente os

¹¹ Poder como forte intervenção do Judiciário.

procedimentos normativos para resolução de eventuais conflitos (MARGRAF, 2015, p. 40).

De modo diverso pensa quem adota a corrente do substantivismo, os quais entendem que as circunstâncias fáticas são mais valiosas do que o procedimento imposto pelo legislador, até mesmo porque estes não detêm a capacidade de prever o futuro e saber qual será a reação do povo em relação ao dispositivo legal criado. Para os substantivistas, pode o poder Judiciário realizar a tarefa interpretativa dos textos de acordo com a vontade geral, concretizando assim direitos fundamentais e, principalmente, os direitos sociais (MARGRAF, 2015, p.40).

O ideal é a harmonização dessas duas teorias, e não a aplicação pura de uma delas, para não causar conflito entre as instituições. Os procedimentos elaborados pelos representantes do povo devem ser vistos como uma moldura de um quadro a ser pintado. A moldura seria o limite que deve ser respeitado, ao passo que a tela em branco seria o espaço a ser utilizado pelos operadores do direito através da interpretação substancial, mas que não pode ultrapassar a barreira da moldura. Ambos se completam sem que tenham que sobrepor ao outro (MARGRAF, 2015, p.41).

Para Hans Kelsen, um dos grandes positivistas do séc. XX, a norma jurídica representa uma moldura que deve ser preenchida durante o processo hermenêutico, pois nela existem diversos espaços em branco (KELSEN, 1999, p. 390). Então, aqui se fala de um ativismo judicial que trabalha contra as omissões dos outros poderes, ou seja, um juiz ativista, no sentido positivo, trabalha a favor da garantia dos direitos fundamentais e supremacia da Constituição, a partir de sua interpretação, como sustentado em capítulo anterior, assumindo uma postura concretizadora diante da abstenção dos poderes Legislativo e executivo frente aos princípios da dignidade da pessoa humana, proteção aos menores, assistência aos desamparados, entre outros. Contrário é o ativismo nocivo, no qual o juiz ultrapassa os limites de racionalidade jurídica e racionalidade política, influenciando totalmente esta última, correndo o risco de substituir a vontade do soberano que criou a lei e a Constituição pela vontade do intérprete (ANDERSON, 2012, 37-57).

Para Dworkin, o ativismo judicial é como uma forma ofensiva de pragmatismo jurídico, que ignora o texto constitucional e sua respectiva história para impor a outros Poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. Salienta ainda que o direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Sustenta que não é permitido o uso de discricionariedade pelo juiz, uma vez que existem outros meios para suprir a ausência de lei reguladora havendo sempre uma resposta no direito, seja na própria lei, seja nos princípios (DWORKIN, 1999, p. 451).

A discricionariedade exacerbada transforma juízes em legisladores e propicia a criação

do próprio objeto de conhecimento, concebendo razão humana como fonte iluminadora do significado de tudo o que pode ser enunciado sobre a realidade, ficando à disposição do Poder Judiciário. Isso pode acarretar consequências graves ao Estado democrático de direito. Antes os juízes eram acusados de ser boca da lei, hoje as diversas teorias críticas a esse entendimento romperam com tal imaginário exegético, admitindo-se cada vez mais um alto grau de discricionariedade diante de casos difíceis (STRECK, 2013, p. 577).

Ocorre que, diante da realidade sociopolítica do país não é admissível que tenhamos um judiciário que permaneça encastelado apenas decidindo conflitos de ordem privada sem maior expressão. Em tempos de iluminismo era compreensível uma justiça inerte, vez que a população não buscava o judiciário com tanta frequência para tutelar direitos fundamentais não concretizados. Diferentemente, hoje, onde há maior violação dos direitos fundamentais, violação de direitos de incontável número de pessoas, o que assim torna-se essencial a participação ativa do Poder Judiciário, não se abstendo perante os outros poderes, tendo reais condições de enfrentá-los em patamar de igualdade (DOBROWOLSKI, 1995, p. 92). 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 se morrer de cura (BARROSO, 2009, p. 46).

O judiciário não só pode, mas como deve atuar, tem o dever de intervir, de fazer valer a Constituição diante do caso concreto. Nas Uniões Homoafetivas, por exemplo, matéria do âmbito legislativo tratar vez que é assunto político, não competente ao judiciário, mas diante da inércia do legislativo e a grande demanda de ações ajuizadas, fez-se necessária sua intervenção para pacificar o conflito (ALVES, 2014, p. 33).

O ativismo encontra força quando o processo político falha na tutela de direitos fundamentais, principalmente entre as minorias devido a sua baixa participação na construção desse processo (ALVES, 2014, p. 45). Para que se permita uma atuação contramajoritária justa do Judiciário, a mesma deve ser dotada de coesão, integridade e fruto de detida reflexão, ou seja, para efetivação dos direitos fundamentais de segunda dimensão, as decisões devem ser coesas de tal forma que se construa no âmbito jurisprudencial uma ideia clara a respeito do que se consideraria o mínimo existencial obtenível judicialmente (ALVES; OLIVEIRA, 2014, p. 33).

Sendo assim, pode-se reconhecer a possibilidade do Judiciário intervir de maneira restrita e responsável para concretização das políticas públicas, adotando coesão, integridade e reflexão, abstendo-se de atitudes majoritariamente políticas. Urge destacar que direito não é política, portanto não admite escolhas tendenciosas ou partidarizadas. Ademais, a própria

Constituição Federal de 1988 deixou margens abertas tanto para os legisladores como também para atividade judicial, conferido certo grau de discricionariedade para estes últimos operadores (ALVES; OLIVEIRA, 2014, p. 33).

Ademais, uma Corte Constitucional não deve se omitir ou ser indiferente quanto as consequências políticas trazidas por suas decisões, inclusive para impedir resultados danosos ao bem comum, mas somente pode agir dentro das possibilidades e limites deixados pelo ordenamento, ou seja, contra o direito o juiz não deve decidir jamais. Havendo conflito entre direito e política, o juiz deve se vincular ao direito (BARROSO, 2009, p. 116).

Explicitando: a função do juiz é decidir, não subjetivamente com seu senso de justiça, mas aplicando o direito (a Constituição e as leis). O intérprete deve se vincular à objetividade do direito, não à sua justiça, de terceiros ou ao que grita a multidão enfurecida, caso contrário haverá destruição da positividade do direito moderno através de juízes que despedaçam a segurança jurídica quando abusam do uso de princípios. Outrossim, enquanto a jurisprudência do STF estiver fundada na arbitrária formulação de juízos de valor, a segurança jurídica estará sendo arruinada (GRAUS, 2017, p. 24).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema ora apresentado permite ampla discussão, bem como depara-se com diversos questionamentos. Analisando a Constituição brasileira de 1988, nota-se que os direitos fundamentais possuem imensa importância, verificando-se um extenso rol de direitos caracterizados como normas programáticas de aplicação, pelo menos na teoria, imediata, os quais estão privilegiadamente localizados no topo do referido ordenamento. Observa-se que seus antecedentes históricos mais importantes advieram da Inglaterra e dos Estados Unidos da América, mas toda consagração à universalidade dos direitos fundamentais ocorreu na França, através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão consagram o que chamamos de direitos sociais, os quais são ligados às necessidades básicas do indivíduo dependendo de prestações positivas do Estado para serem concretizados.

Ocorre que, o ordenamento jurídico brasileiro apresenta desacordos no que tange ao texto normativo em contraposição à realidade socioeconômica. Os direitos fundamentais, principalmente os sociais, que devem ser aplicados através de políticas públicas, não são efetivados conforme almejado pela Constituição. Isso causa um sentimento de frustração constitucional, fazendo com que seja apenas um pedaço de papel sem compromisso político e

engajamento social, confirmando a tese de Ferdinand Lassalle sobre a necessidade da Constituição corresponder à realidade sociopolítica do país, caso contrário não terá efetividade tornando-se apenas uma mera folha de papel.

A falta de compromisso dos poderes (Executivo e Legislativo) responsáveis pela efetivação dos direitos fundamentais sociais através das políticas públicas ocasionam inúmeros prejuízos à população, que fica à mercê de políticos descompromissados com o bem-estar social.

Portanto, o ativismo judicial é consequência da omissão de um Estado, governado por agentes irresponsáveis, para materializar as políticas públicas, ampliando-se a necessidade da intervenção ativista a fim de que sejam concretizados os direitos sociais. Grandes expectativas são depositadas no poder Judiciário o qual é considerado um guardião de promessas e principal responsável pela efetivação da Constituição, o que decorre do descrédito deixado pelos poderes democraticamente eleitos. Tal fenômeno possui lado positivo, tendo em vista que supre a lacuna deixada pela omissão do legislativo, principalmente.

Em contrapartida, o Estado alega não possuir orçamento suficiente para cumprir com seu dever, tal alegação é expressa na tese da Reserva do Possível, ou seja, a prestação material de serviços públicos está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos. Todavia, este argumento não possui sustentação para afastar o imperativo de concretização dos direitos fundamentais pelo fato da Constituição ostentar força normativa, ativa e vinculante, não podendo o administrador público praticar atos que se sobreponham a esses direitos. Conforme demonstrado através de casos concretos, muitas políticas públicas ocupam apenas uma pequena fração do orçamento público, contraditando o argumento de que sua aplicação irá prejudicar os cofres públicos.

Contudo, as decisões de cunho ativista devem ser proferidas eventualmente posto que se emanadas corriqueiramente acarretará riscos à legitimidade democrática, haja vista que os membros do poder Judiciários não são eleitos diretamente pelo povo, bem como poderá trazer riscos de politização da justiça e riscos à capacidade institucional do Judiciário. Até mesmo porque a função primordial dos juízes é aplicar o direito e não legislar, muito menos decidir conforme seu senso de justiça. Do contrário, passará apenas de uma mera decisão política e viciada.

É muito importante que o poder Judiciário reflita sobre as consequências trazidas por uma decisão que alocue os recursos públicos para concretização de uma determinada demanda, pois se houver necessidade de vultuosos investimentos pode ocasionar o perigo de deslocar recursos de outras políticas igualmente importante para satisfação dos direitos fundamentais.

Ademais, é perceptível a grande quantidade de direitos a serem concretizados por políticas públicas gerando uma sobrecarga aos poderes Executivo e Legislativo, os quais não conseguem implementá-las. Tal fato contribui para que o ajuizamento de ações perante o Judiciário cresça, o que reflete a crise política pela qual o Estado vem passando.

Além disso, o problema não reside somente na escassez de recursos públicos. Existe também uma confusão entre direito e política, tendo em vista que os representantes do povo estão mais preocupados com a conveniência política do que com os direitos fundamentais, atribuindo importância a outros projetos diversos das políticas públicas. Até mesmo os aumentos das decisões de cunho ativista podem atribuir ao magistrado o papel de legislador positivo, o que fere o princípio da separação dos poderes, bem contribui para falta segurança jurídica das normas.

Em conclusão, nota-se que o judiciário é forçado a intervir, inclusive de forma ativa, para concretização de políticas públicas devido à inércia do Estado, não chocando assim o princípio da separação dos poderes, pois não é defendido uma usurpação de funções, mas a construção e reafirmação de alternativas para proteção dos direitos fundamentais, contudo tal atuação ativista deve ser regida pelo princípio da razoabilidade, tendo em vista que o interesse público em geral não pode ser prejudicado em face de uma única demanda. O juiz ativista deve conhecer o orçamento disponível a ser aplicado àquela política pública sem que tenha que prejudicar os interesses de outros cidadãos que também necessitam daquele direito. Porém, é necessário que se estabeleça um limite a essa intervenção, pois o Judiciário não pode constantemente cobrir as omissões dos outros poderes. Repise-se, o papel do julgador não é legislar, mas aplicar a Constituição e as leis.

REFERÊNCIAS

ALVES, F. D. B.; OLIVEIRA, G. F. de. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. **Revista Argumenta**, Jacarezinho, n. 20, p. 33-45, 2014.

ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais. **Revista Argumenta**, n. 20, p. 33, 2014.

ANDERSON, V.T. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-57, jan. 2012.

ARISTÓTELES. **A Política**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Judicialização da política e controle judicial**. 2012.

BARROS, Alan Dias. **Parâmetros de concretização judicial do direito fundamental à saúde no fornecimento de medicamentos**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuário iberoamericano de justicia constitucional**, n. 13, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade do direito brasileiro: exposição sistemática e análise crítica da jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 46.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovr, 1996.

BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 35, n. 190, p. 37-70, dez. 2010.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2008. Tese (Doutorado) – Fundação Getulio Vargas. 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

CABRAL, Dilma. Ministério da Justiça. **Constituição de 1824**. Arquivo Nacional, 24 maio 2014. Disponível em <<http://linux.an.gov.br/mapa/?p=5603>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

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

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA, Bruno Andrade. O controle judicial nas políticas Públicas: Análise das decisões judiciais e seu cumprimento para a realização progressiva dos direitos fundamentais sociais. **Revista de informação legislativa**, v. 50, n. 199, p. 255-269, jul./set. 2013.

COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 94, nov. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 27 ago. 2017.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Direitos sociais e controle jurisdicional de políticas públicas: Algumas considerações a partir dos contornos do Estado constitucional de direito. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 89, jun. 2011. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9541&revista_caderno=4>. Acesso em: 2 nov. 2017.

DOBROWOLSKI, S. A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Santa Catarina, v. 16, n. 31, p. 92-112 1995.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Justiça e Direito).

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

JÚNIOR, Marcus Vinicius Pereira. **Ativismo judicial e materialização das políticas públicas infanto-juvenis na Constituição da República: fixação do plano de ideias de atuação para os atores do sistema de garantias de direitos (SGD)**. 2011. 49 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito – PPGDIR, Universidade Federal do

Rio Grande do Norte (UFRN), Natal, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LIMA, Regina Helena Bonifácio de. A Constituição Cidadã, o neoconstitucionalismo e seus efeitos no Direito Previdenciário. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 123, abr 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14662>. Acesso em: 22 nov. 2017.

MARCHESI, M.; DA FONSECA, L.A. A legitimidade democrática do ativismo judicial para a concretização dos direitos fundamentais. **Revista Argumenta**, Jacarezinho, n. 19, p. 139-157, 2013.

MARGRAF, Alencar Frederico. Teoria do Diálogo e Separação dos Poderes. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 92, p. 15-44, jul./set. 2015.

MARGRAF, Alencar Frederico. Teoria do Diálogo e Separação dos Poderes. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 92, p. 15-44, jul./set. 2015.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. Montesquieu e a Constituição da Inglaterra. Três teorias da separação de poderes. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2874, 15 maio 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19114>>. Acesso em: 27 ago2017.

MILESKI, Hélio Saul. **O Controle da gestão pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral**. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NASSIF, Luis. A aula de Teori Zavaski sobre o ativismo judicial. **GGN O jornal de todos os**

Brasis, 20 mar. 2014. Disponível em: <<http://jornalggn.com.br/noticia/a-aula-de-teori-zavaski-sobre-o-ativismo-judicial>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O controle de políticas públicas: um desafio à jurisdição constitucional. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 19, ago. 2007. Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Edilson_Junior.htm>. Acesso em: 29 mai. 2017.

ORTIZ, Maria Helena Rodrigues (Org). **Justiça Social**: uma questão de direito. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; IGNACIO JUNIOR, José Antonio Gomes; SIMÕES, Alexandre Gazetta. **Ativismo Judicial**: Paradigmas Atuais. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

PENNA, S.V. A judicialização dos direitos sociais após 25 anos da constituição federal brasileira. **Lex Humana**, Petropolis, v. 6, n. 1, p. 196-218, 2014.

RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la Ciencia del Derecho**. Trad. Luis Recasens Siches. Madrid: [s.n.] 1930.

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

SARLET, Ino Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **VERBA JURIS**: Anuário da Pós-Graduação em Direito, v. 4, n. 4, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros. 2014, p. 110-111.

SOUZA, Franco Aurélio Brito de. **Estado de direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. **Novos estudos jurídicos**, v. 8, n. 2, p. 250-302, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição e ausência de uma teoria da decisão. **Revista de Derecho**, Valparaíso, n. 41, p. 577-601, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). 2ª Turma. REsp 493.811, Rel. Min. Eliana Calmon, maioria, j. 11/11/2003, **DJ 15/3/2004**, p. 236. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200201696195&dt_publicacao=15/03/2004> Acesso em: 22 nov. 2017

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Suspensão de Tutela Antecipada : STA 175 CE. **JusBrasil**, 2009. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135440/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-175-ce-stf>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). 1ª Turma afasta prisão preventiva de acusados da prática de aborto. **Notícias do STF**, 29 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Supremo reconhece união homoafetiva. **Notícias do STF**, 05 maio 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acessado em: 30 ago. 2017.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. Cap. I, p. 28

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA (TJBA). 3ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento no 000133933.2010.805.0000-0**. Rel. Des. Dayse Lago Ribeiro Coelho, julgado em 24 ago. 2010. Disponível em <https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/crianca-e-adolescente/conselhos-e-fundos/fundo-municipal-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente/jurisprudencia/acp_liminar_parcialmente_deferida_0.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2017.

VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. **Versus**: Revista de Ciências Sociais Aplicadas do CCJE, v. 2, p. 74-85, 2009.