

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO**

ANDRÉ KENJI MOREIRA BORGES

**JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E DIREITOS CONSTITUCIONAIS NO
BRASIL**

**Brasília
2014**

ANDRÉ KENJI MOREIRA BORGES

**JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E DIREITOS CONSTITUCIONAIS NO
BRASIL**

Monografia apresentada ao IDP, como requisito parcial para obtenção do título de Especialização em Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Me. Hector Luís Cordeiro
Vieira

Brasília

2014

ANDRÉ KENJI MOREIRA BORGES

**JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E DIREITOS CONSTITUCIONAIS NO
BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao IDP, como requisito
parcial para obtenção do título de
Especialista em Direito Constitucional.

Nota de Aprovação: _____

Brasília, ____ de _____ de 2014.

Banca Examinadora

Hector Luís Cordeiro Vieira
Professor Mestre

Nome do Examinador
Titulação

Nome do Examinador
Titulação

Dedico este estudo aos meus familiares, que me apoiaram em todos os momentos desta jornada. Sem eles, este resultado não seria possível.

Agradeço a Deus, por me permitir concluir mais esta etapa da vida acadêmica.

Agradeço aos professores que atuaram durante o curso, por terem sido mestres na minha formação.

Agradeço aos meus pais, especialmente, por não desistirem nunca de estarem ao meu lado nesta jornada.

"Coragem nem sempre é um rugido de leões. Às vezes, é o coração no final do dia dizendo: vou tentar de novo amanhã..."

Ísis Lopes

RESUMO

As expressões judicialização da política e ativismo judicial têm merecido diversos estudos na ciência do Direito, na atualidade. Esses temas, entretanto, não são novos, aparecendo no cenário jurídico desde o século XIX, como acontecia nos Estados Unidos, onde a Suprema Corte tomava decisões a respeito dos problemas sociais do país, garantindo determinados direitos às minorias. Depois da Segunda Guerra Mundial, com a organização de Estados Democráticos de Direito em todos os continentes e elaboração de Constituições rígidas, o controle constitucional tornou-se uma realidade, abrindo caminho para o protagonismo do Poder Judiciário. Assim, o objetivo geral deste estudo é analisar o alcance da judicialização e do ativismo judicial no Brasil, em relação à defesa dos direitos sociais elencados na Constituição de 1988. Trata-se de uma revisão bibliográfica, baseada em livros da área de Direito Constitucional, artigos publicados em revistas especializadas e sítios eletrônicos institucionais, além da jurisprudência emanada dos tribunais, principalmente do Supremo Tribunal Federal (STF). O protagonismo do Poder Judiciário no Brasil, ocupando espaços deixados pelos demais poderes justifica a análise dos temas abordados no estudo, concluindo-se que o STF nada mais tem feito do que cumprir suas atribuições constitucionais e, ao fazê-lo, tem incomodado o Executivo e o Legislativo, historicamente ineficazes e omissos diante dos direitos da sociedade brasileira.

Palavras-chave: Judicialização. Ativismo Judicial. Direitos Constitucionais.

ABSTRACT

The expressions legalization of politics and judicial activism have earned several studies in the science of law today. These themes, however, aren't new, appearing in legal scenario since the nineteenth century, as happened in the United States, where the Supreme Court made decisions about the social problems of the country, guaranteeing certain rights to minorities. After the Second World War, with the United Democratic organization of law on all continents and preparation of rigid constitutions, constitutional control became a reality, paving the way for the role of the judiciary. Thus, the aim of this study is to analyze the scope of judicialization and judicial activism in Brazil, in relation to the protection of social rights enumerated in the 1988 Constitution. This is a literature review, based on books in the area of Constitutional Law, articles published in specialized journals and institutional electronic sites, in addition to the jurisprudence emanating from the courts, especially the Supreme Court (STF). The role of the judiciary in Brazil, occupying spaces left by other powers justifies the analysis of the issues addressed in the study, concluding that the Supreme Court has done nothing more than fulfilling its constitutional duties and, in doing so, has troubled the Executive and the Legislature, historically ineffective and silent on the rights of Brazilian society.

Keywords: Judicialization. Judicial Activism. Constitutional Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: ASPECTOS TEÓRICOS	13
1.1 Judicialização.....	14
1.1.1 <i>Conceito e causas.....</i>	<i>14</i>
1.1.2 <i>Histórico.....</i>	<i>15</i>
1.1.3 <i>Política e judicialização.....</i>	<i>17</i>
1.2 Ativismo Judicial.....	20
1.2.1 <i>Conceito e tipologia.....</i>	<i>20</i>
1.2.2 <i>Histórico.....</i>	<i>25</i>
1.2.3 <i>O ativismo judicial e a política brasileira.....</i>	<i>28</i>
2 DIREITO COMPARADO: JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL NO MUNDO.....	30
2.1 África.....	30
2.2 América.....	31
2.3 Europa.....	33
2.4 Oriente Médio.....	33
2.5 Oceania.....	34
3 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: O QUE ASSEGURA OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS BRASILEIROS.....	36
3.1 A Liberdade do Cidadão.....	36
3.2 A Separação dos Poderes.....	39
3.3 Os Direitos Constitucionais.....	41
CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIAS.....	48

INTRODUÇÃO

Alguns fatos que ocorreram no Brasil na última década, como o julgamento chamado “Mensalão”, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), colocaram o Poder Judiciário diante dos holofotes da mídia e da sociedade. Discute-se o papel que esse poder estaria exercendo diante do Legislativo e do Judiciário, se estaria extrapolando as suas atribuições constitucionais, que lhe assegura o controle da constitucionalidade, a guarda dos princípios constitucionais.

A proatividade do Poder Judiciário não é um fenômeno que ocorre apenas no Brasil e pode ser constatado em diversos países do mundo, em diferentes momentos históricos e ainda na atualidade, com duas faces muito próximas, que são a judicialização da política e o ativismo judicial. A transferência do poder do Legislativo e do Executivo para os tribunais tornou-se maior após a Segunda Guerra Mundial, quando se passou a garantir ao cidadão os direitos fundamentais, previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, mas também a legitimação de direitos sociais pelas Constituições nacionais, que passaram a ter supremacia nos Estados Democráticos de Direito (BARBOZA; KOZICKI, 2012).

A democratização de dezenas de países em todo o mundo, com a elaboração de Constituições rígidas, onde os direitos fundamentais passaram a ser supremos e protegidos contra a inoperância, o jogo político ou a omissão legislativa e executiva, promoveu o aumento das atividades do Poder Judiciário, que passou a intervir nas mais diferentes esferas da vida social e política, para garantir a efetividade dos direitos constitucionais. O mesmo ocorreu no Brasil, onde o STF tem exercido um protagonismo, suscitando elogios, mas também acirradas críticas, que argumentam estar o Judiciário extrapolando suas atribuições e invadindo as demais esferas de poder (CARDOSO, 2011).

O controle constitucional é matéria relevante nos Estados Democráticos de Direito, onde a magistratura é um elemento fundamental para a eficácia e o exercício da atividade jurisdicional, por meio do controle dos demais poderes, principalmente suas omissões e excessos. Teoricamente, esse controle foi idealizado na Áustria dos anos 1920, por Hans Kelsen e aplicado à Constituição do país. O modelo se estendeu para o mundo e é aplicado em sua forma pura, de controle concentrado ou

de forma mista, envolvendo também controle difuso, como ocorre no Brasil (CUNHA, 2013).

Assim, este estudo se propõe a analisar o alcance da judicialização e do ativismo judicial no Brasil, em relação à defesa dos direitos sociais elencados na Constituição de 1988. Especificamente, os objetivos são: apresentar um marco teórico que fundamente esses dois temas, no contexto do Direito Constitucional; estabelecer as principais diferenças entre a judicialização da política e o ativismo judicial em diversos países do mundo, atendendo aos preceitos do Direito Comparado; e analisar os fatores que realmente asseguram o cumprimento dos direitos sociais no Brasil, em face da inoperância dos poderes Legislativo e Executivo e do aumento de poder do Judiciário.

O problema de pesquisa que se apresenta é: “O que fundamenta a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, na defesa dos direitos sociais previstos constitucionalmente?” A hipótese a ser testada é a de que, enquanto fenômeno histórico que cresceu nas últimas décadas, a judicialização permeia atualmente a política brasileira, onde a magistratura exerce positivamente o ativismo judicial, em prol da efetivação dos direitos previstos na Constituição de 1988 e que não foram contemplados com normatização, pelo Legislativo ou com políticas públicas, pelo Executivo.

Para atender aos objetivos e ao problema de pesquisa foram desenvolvidos três capítulos, sendo o primeiro deles o Marco Teórico, onde se apresentam os conceitos dos temas em estudo, seu histórico e tipologia, bem como as formas como se apresentam nos Estados Democráticos de Direito. Nesse capítulo são apresentadas as ideias dos principais doutrinadores que tratam dos temas, não só no Brasil, mas também no mundo, buscando-se suas origens remotas, como na citação de Aristóteles e Montesquieu.

No segundo capítulo são apresentadas as nuances assumidas pela judicialização e ativismo judicial em diversos países do mundo, considerando-se que possuem diferentes evoluções históricas, culturas e sociedades diversas, o que implica na construção de determinados modelos políticos. Os Estados Unidos e a Europa podem ser considerados como berços do controle constitucional pelo Poder Judiciário e, sob formas diversas, outros países se apropriaram de suas experiências.

O terceiro capítulo trata da judicialização e do ativismo judicial no Brasil, onde o STF exerce um protagonismo cada vez maior, principalmente em função da omissão e da inércia dos demais poderes no cumprimento dos direitos sociais previstos constitucionalmente. Para fazer essa defesa, a Suprema usa de instrumentos legais, por meio dos quais os cidadãos e entidades da sociedade civil podem acionar a justiça. Algumas jurisprudências relativas a esses instrumentos são apresentadas nesse capítulo.

O método adotado para o estudo foi o da revisão bibliográfica, por meio do qual é possível aprofundar um determinado assunto, por meio da literatura existente. No presente estudo, essa literatura é representada por livros pertinentes ao Direito Constitucional, artigos publicados em sítios eletrônicos de revistas especializadas ou instituições e jurisprudência, principalmente aquelas emanadas do STF. Sobre esse material foi feita uma leitura crítica, com abordagem dos pontos principais e que diziam respeito aos objetivos e problema de pesquisa propostos.

O tema reveste-se de grande importância social e jurídica, uma vez que o STF tem promovido a abertura de seu plenário para a sociedade e isso representa uma inovação, que recebe elogios, mas também muitas críticas. Como o Estado Democrático de Direito Brasileiro ainda está em construção é de interesse que se investigue se o aumento de poder do Judiciário interfere na independência e harmonia dos três poderes, previstas constitucionalmente.

CAPÍTULO I

JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: ASPECTOS TEÓRICOS

Os sistemas do Direito e da Política passaram por profundas transformações com o fortalecimento das democracias, após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Consagrou-se o modelo do constitucionalismo democrático, no qual o princípio da soberania da maioria foi afetado pelo chamado *judicial review*, impondo ao Legislativo o controle de suas decisões por parte do Judiciário, que assumiu a tarefa de fiscalizar a constitucionalidade das leis. Como guardião da ordem constitucional, o juiz se coloca diante do processo de produção da lei e se torna o seu intérprete (LOPES JÚNIOR, 2007).

Esse fenômeno, chamado judicialização, se tornou tema de intensos debates, sob a alegação de que afronta a representatividade dos demais poderes públicos e, em última instância, os direitos constitucionais do cidadão. O Direito estaria avançando, em detrimento da Política, o juiz suplantaria o parlamentar. A chamada “judicialização da política” no Brasil coloca em evidência a figura do Supremo Tribunal Federal (STF), que busca legitimidade no argumento da defesa da legalidade, com a última palavra numa diversidade de temas que afetam a vida do cidadão (RODRIGUES; SOUZA, 2012).

Nesse cenário também desponta o ativismo judicial, outro fenômeno dos tempos atuais, cuja ocorrência é justificada pelo argumento de que os valores dos juízes não se identificam com os valores das instituições maiores do país. O Judiciário seria um defensor nato dos princípios constitucionais, enquanto os outros dois poderes estariam se posicionando contrariamente às regras democráticas (POGREBINSCHI, 2011).

Dessa forma, apresenta-se, a seguir, um marco teórico a respeito desses temas, de forma que se possa analisar que posicionamento realmente é favorável à defesa dos direitos constitucionais no Brasil. O cidadão comum deseja transformações na política e precisa compreender se elas são uma consequência de suas ações, como o exercício do voto, ou se, independente delas, um dos poderes agirá em seu nome, em uma pretensa defesa da Constituição Federal.

1.1 Judicialização

A promulgação da Constituição Federal de 1988, na medida em que restaura as garantias individuais e políticas que haviam sido perdidas pela sociedade brasileira durante a ditadura militar, afirmou o Estado Democrático de Direito e reforçou o papel das instituições, que assumiram a função de mediar os conflitos sociais e políticos de natureza legítima. Essas instituições, presentes nos três poderes do Estado, passaram a tutelar judicialmente a cidadania, por meio da fiscalização do cumprimento efetivo das leis emanadas pelo Estado de Direito, sob o argumento de efetivar as expressões organizadas da sociedade civil (ENGELMAN, 2013).

1.1.1 Conceito e causas

No contexto da promulgação da Constituição de 1988 é que se estrutura o fenômeno da judicialização da política brasileira, que, na década de 1990, já aparecia com o seguinte conceito:

[...] expansão do domínio das cortes ou dos juízes em detrimento dos políticos e/ou da administração, isto é, a transferência de direitos de tomada de decisão da legislatura, do gabinete ou serviço público para as cortes, ou, no mínimo, a expansão de métodos judiciais de tomada de decisão para além do próprio domínio do Judiciário (TATE; VALLINDER, 1995, p. 13).

A judicialização da política, cuja ocorrência era visualizada desde os anos 1960, tornou-se, assim, uma das tendências mais significativas do final do milênio, principalmente levando-se em conta a ação das cortes para defender jovens democracias, como ocorria na Rússia, após o fim do socialismo. Essa tendência chegou em vários outros países, em todos os continentes, como uma ação política do Judiciário para defender as questões sociais, principalmente para mediar as reclamações das minorias diante do Estado (THOMAS, 2012).

A judicialização implica em que diversas questões da vida nacional, de grande repercussão política e social, passam a ser decididas pelo Poder Judiciário e não mais pelos poderes Legislativo ou Executivo, ou seja, a Administração Pública. Ocorre uma transferência de poder para os juízes e tribunais, alterando a linguagem e a argumentação da sociedade ao participar da tomada de decisões no cenário

nacional. Os movimentos de redemocratização, como os que ocorreram no Brasil e na Rússia, nos anos 1980, encontram-se nas origens dessa tendência (BARROSO, 2012).

No Brasil, as causas do judicialização da política estão relacionadas essencialmente à reformulação do Estado Democrático de Direito, a partir do final dos anos 1980. Assim, a primeira causa é a própria redemocratização. A Constituição de 1988 recuperou as garantias da magistratura permitindo que se transformasse em um poder político, na defesa da legalidade. O Ministério Público e a Defensoria Pública passaram a ter maior atuação na defesa dos direitos sociais, que passaram a ser buscados com maior ênfase pela população. Ao disciplinarem a vida nacional, as normas constitucionais transformaram-se em questões passíveis de análise jurídica, constituindo a segunda causa da judicialização. A terceira causa refere-se ao controle de constitucionalidade, extremamente abrangente no Brasil, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, se considera-la inconstitucional, o que transfere diversas questões políticas e morais diretamente para o Judiciário (BARROSO, 2012).

1.1.2 Histórico

A questão da judicialização da política começa a ser visualizada a partir da promulgação de novas constituições nacionais no século XX, mais rígidas e substantivas do que as que vigoraram no século XIX. O sistema de controle constitucional dos Estados Unidos, onde a Suprema Corte fez história interferindo em leis que diziam respeito à intervenção do governo na economia, foi o modelo para diversos países. A forma que o governo americano encontrou para se contrapor às decisões da Suprema Corte, que dificultaram, por exemplo, as medidas de recuperação econômica propostas pelo *New Deal*, do Presidente Franklin Roosevelt, foi aumentar o número de ministros de nove para quinze, passando a nomeá-los e, de certa, exigindo compromisso com as políticas governamentais (ARANTES, 2007).

Nos anos 1950, a Suprema Corte americana focou suas decisões na ampliação dos direitos civis, principalmente condenando as políticas governamentais de segregação racial, o que garantiu o acesso da população negra aos serviços públicos. A atuação policial, a liberdade de expressão e o aborto também foram áreas de ação do Judiciário americano, no processo de controle da

constitucionalidade das leis, criando uma delicada interface entre o Direito e a Política. Pelo liberalismo, a vontade majoritária deveria ter limites e pela perspectiva democrática os órgãos representativos da soberania popular, ou seja, o Parlamento, deveria ter legitimidade para tomar decisões (ARANTES, 2007).

Na Europa, a situação era um pouco diferente, pois o fim do regime absolutista valorizou a ação do Parlamento, seguindo os exemplos da Inglaterra e da França. Dessa forma, nenhuma instância poderia revisar as leis elaboradas pelo Legislativo. Antes da Segunda Guerra Mundial, um dos raros exemplos europeus de controle de constitucionalidade foi estabelecido na Áustria, na década de 1920. O sistema austríaco, elaborado por Hans Kelsen¹, estendeu-se para outros países europeus, após o fim do conflito. O controle seria feito por uma Corte Constitucional, com plenos poderes para julgar a própria lei, sem a interferência de outras instâncias, seja no âmbito do próprio Judiciário, seja no âmbito dos demais poderes. Esse sistema, chamado de “concentrado”, com efeitos *erga omnes* e vinculantes, foi adotado pela Itália e Alemanha, devido às experiências pelas quais passaram com o nazismo e o fascismo, respectivamente (CUNHA, 2013).

O sistema concentrado reconheceu a dimensão política das cortes, começando pela forma da investidura, por indicação do Presidente da República e do Poder Legislativo e fixação do mandato dos ministros escolhidos. Essa forma implica em que as cortes devem ser avaliadas periodicamente em seus aspectos políticos e também de que a interpretação constitucional pode se modificar, em função dos avanços jurídicos e sociais. Nesse modelo, que se disseminou na Europa no pós-guerra, apenas o Executivo, em qualquer instância, e um terço do Legislativo poderiam acionar a Suprema Corte, que poderia negar validade às leis que fossem consideradas inconstitucionais (CARVALHO, 2008).

O final dos anos 1970 e 1980 marcou um novo processo de redemocratização na Europa e América Latina. Em países como Portugal e Espanha os regimes ditatoriais cederam lugar à democracias liberais e novas constituições foram elaboradas e promulgadas. Esses regimes escolheram o sistema de controle da constitucionalidade, concentrado, como no modelo austríaco, ou difuso, como no

¹Jurista e filósofo austríaco (1881-1973), cujos estudos pregam que os valores, como a ideia de justiça, não devem fazer parte da ciência do Direito, mas de outros ramos do saber. Para ele o conceito de “justiça” é impreciso e fluido, não podendo ser aplicado universalmente. Introduziu o conceito de controle concentrado da constitucionalidade no Direito Positivo aplicado na constituição austríaca (VASCONCELOS, 2004).

caso dos Estados Unidos. Em países como o Brasil, os dois modelos foram contemplados na Constituição de 1988, estruturando um sistema híbrido ou misto. O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é concentrado no que se refere ao fato de que o STF pode ter suas declarações contestadas ou ignoradas por instâncias inferiores, o que motivou a introdução das súmulas vinculantes em suas decisões. De acordo com esses documentos, as instâncias inferiores não podem se pronunciar contrariamente ao que foi decidido pelo STF. O sistema é difuso porque o STF pode anular ou ratificar uma lei, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade, a qual pode ser promovida por órgãos estatais, partidos políticos e entidades classistas (MARIANO, 2008).

1.1.3 Política e judicialização

O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil tem sido uma consequência da realidade estabelecida pela própria jurisdição constitucional do país. A Constituição Federal de 1988 colocou-se como uma forma de transição negociada do autoritarismo para a democracia, situação na qual os direitos fundamentais e suas distintas dimensões buscam concretizar sua efetividade. O caráter analítico da Constituição brasileira retirou esse tema do debate político, inserindo-o na tutela judicial, exercida principalmente pelo STF, que parametriza as possibilidades legislativas diante dos direitos do cidadão, estabelecendo as prestações que cabem ao Estado (VALLE, 2011).

A justificativa para o controle judicial das políticas públicas passa pelo argumento da inatividade e ineficácia do Poder Legislativo. O próprio STF reconhece que a judicialização é uma manifestação de ativismo, e, nesse aspecto, o Poder Judiciário manifesta pouca deferência pelo Poder Legislativo e atua em sua substituição, a pretexto de defender a legitimidade constitucional, conforme se lê:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III – Julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em última ou única instância, quando a decisão recorrida:

- a) Contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) Declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) Julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face desta Constituição;
- d) Julgar válida lei local contestada em face de lei federal (BRASIL, 2005, p. 84).

Para atender a uma pretensa não efetividade do Legislativo diante dos direitos fundamentais o Poder Judiciário, em todas as suas instâncias, emite ordens de natureza definitiva ou cautelar. Considera-se que essa forma de agir prejudica o planejamento dos demais órgãos do Estado, trazendo riscos à democracia e uma politização da justiça. No conceito clássico de democracia essa ação não seria necessária, uma vez que a própria sociedade programa as leis, por meio de seus representantes eleitos. Contudo, na prática, ocorre o inverso, pois a Administração Pública dirige a vontade do eleitor, manipulando o governo e a legislação, funcionalizando a decisão jurídica. Trata-se, portanto, de um movimento de poder, contra o qual o cidadão busca o Judiciário, para fazer valer os seus direitos (HABERMAS, 2008).

O poder público usa os direitos da sociedade de forma instrumental, utilizando a linguagem jurídica para justificar as políticas escolhidas e as normas estabelecidas. Nesse aspecto, os fundamentos normativos do poder público não refletem um poder legítimo, que seria gerado por meio da comunicação política, direcionada para a formação racional da vontade popular. Para gerar um movimento favorável à constituição dessa vontade, o poder público teria que satisfazer os anseios populares. Contudo, a opinião do eleitor é irracional e a escolha dos representantes nem sempre obedece a esse parâmetro, o que leva a uma comunicação não eficaz entre a opinião popular e o Legislativo, de forma que esse poder quase nunca consegue organizar a vontade da sociedade de acordo com os seus valores (HABERMAS, 2008).

Essa ineficácia da comunicação do Legislativo com a sociedade, em tese, abre espaço para a judicialização da política, assumindo o Poder Judiciário uma função extraviante daquela que lhe é originalmente designada. Essa interferência de um poder sobre o outro contraria a Constituição Federal de 1988, cujo artigo 2º prega a independência e a harmonia entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Os poderes devem ser complementares, sendo que o artigo 60, § 4º, não admite a apresentação de Emenda Constitucional com o objetivo de alterar essa situação. A separação dos poderes é, portanto, um princípio fundamental, cláusula pétrea, que pode ser ampliada, mas não abolida ou mitigada (BRASIL, 2005).

A prática do poder no Estado brasileiro aponta, em vez da existência de três poderes independentes e harmônicos, para uma tripartição das funções do poder que, assim, é concebido como uno e indivisível. Cada órgão exerce suas

competências, mas um controla o outro. Esse sistema já havia sido concebido por Aristóteles (384-322 a.C.):

Existe em todo governo as três partes nas quais o legislador consciente deve fazer valer o interesse e a consciência particulares. Quando elas são bem formadas o governo é necessariamente bom e as diversidades existentes entre tais partes formam os diversos governos. [...] o que está na sua essência, de acordo com o espírito da democracia, é conferir a todos o direito de resolver sobre tudo; nisso consiste a igualdade a que o povo anseia incessantemente (ARISTÓTELES, 2005, p. 202).

O fundamento da tripartição de funções dos poderes foi aperfeiçoada pelo francês Charles-Louis de Secondat, o barão de Montesquieu (1689-1755), cuja preocupação era afastar a possibilidade de ascensão dos governos absolutistas. Assim, nenhum poder do Estado poderia ser superior aos outros, mas todos exercerem o controle sobre os demais, ainda que cada um mantenha a sua autonomia. Dessa forma, os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário seriam independentes e harmônicos entre si. O Judiciário só poderia declarar a ilegitimidade de uma lei como forma de se contrapor a qualquer arbitrariedade cometida pelo Legislativo. Caso contrário, sua função é de aplicar as leis aos casos concretos, onde se observe um conflito de interesses (MONTESQUIEU, 2007).

Essa separação rígida de funções não é mais possível nos Estados democráticos modernos, onde, muitas vezes, devido à complexidade da estrutura estatal, um poder exerce funções que são típicas dos outros poderes. Assim, o Executivo legisla, ao elaborar Medidas Provisórias e exerce o poder de julgar, nos casos de procedimento administrativo disciplinar. Quando administra seu corpo funcional, por meio de concursos, o Judiciário exerce função executiva e legisla quando elabora seus regimentos internos e edita súmulas vinculantes. O legislativo também exerce função executiva quando organiza a sua estrutura interna, por meio de regimentos. Os Poder Judiciário tem atribuições constitucionais e o Poder Executivo e Legislativo, além delas, também precisa ter legitimidade democrática, por meio de eleições livres e diretas. Assim, a sociedade escolhe representantes para exercerem funções específicas nesses dois poderes (BONFIN; COSTA, 2013).

O exercício dessa soberania não se concretiza sem o suporte de uma cultura política, onde a moral cívica e o interesse próprio não se entrelacem. O procedimento político precisa ser aceitável e cabe ao Legislativo exercer auto regulação sobre as leis produzidas, para que a sociedade não precise recorrer a

outro poder, para exercer os seus direitos fundamentais e reconhecer-se diante do seu Estado, partidos e sistema de representação. Quando a busca de outro poder é necessária, o juiz torna-se uma nova autoridade, legitimando ou não a ação política, estruturando os sujeitos, organizando os laços sociais, dispondo as construções simbólicas e certificando a verdade. Isso aumenta o número de processos no Judiciário e constitucionaliza o ordenamento jurídico. O Poder Judiciário assume as rédeas da vida social e política, fazendo com que as normas constitucionais sejam o que os juízes entendem que elas devam ser (XIMENES, 2012).

A judicialização promove uma politização da Constituição, mas apenas em uma direção, ou seja, pelo Poder Judiciário, quando, na verdade, essa é uma prerrogativa de todos, principalmente aqueles sobre as quais ela incide, ou seja, os cidadãos. A apreensão do sentido do texto constitucional deve ser feita por toda a sociedade, juntamente com os órgãos do Estado, para que não haja monopólio e sim uma mediação entre essas duas instâncias. Nesse processo, o legislador e não o juiz é o precursor da interpretação da Carta Magna. Dessa forma, a Constituição passa a refletir a realidade da sociedade para a qual foi criada, no que se refere aos conflitos, compromissos, alternativas, possibilidades e necessidades. A jurisdição constitucional torna-se legítima, visto que é feita no contexto da democracia (HÄBERLE, 1997).

1.2 Ativismo Judicial

A judicialização da interpretação constitucional pode levar à exacerbação do poder da Suprema Corte. Contudo, em determinadas situações, como no argumento apresentado de que o Legislativo seria ineficaz na defesa dos direitos da sociedade, torna-se necessário que decisões sejam tomadas em relação às leis.

1.2.1 Conceito e tipologia

Essas decisões terminam por ficar a cargo da Suprema Corte, o STF. Trata-se do ativismo judicial, cuja definição apresenta-se de forma controversa. Uma definição poderia ser:

[...] papel criativo dos tribunais ao trazerem uma contribuição nova para o direito, decidindo sobre a singularidade do caso concreto, formando o precedente jurisprudencial, antecipando-se, muitas vezes, à formulação da própria lei (GRANJA, 2013, p. 1).

O ativismo judicial pode ser visto como o dever do juiz de interpretar a Constituição de forma a garantir para a sociedade os direitos que foram previstos, mas que não estão sendo garantidos pelo Estado. O Judiciário participa de forma mais ampla e intensa na concretização dos valores e fins constitucionais, por meio de uma hermenêutica jurídica expansiva, onde o magistrado adota uma postura que pode se contrapor à lentidão ou omissão do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Essa energia emanada dos tribunais cria jurisprudência, que orienta outras decisões futuras, sem considerar a coerência do Direito e os limites da segurança jurídica (GRANJA, 2013).

Para que um juiz seja considerado ativista precisa preencher três requisitos, que se referem ao uso do seu poder para contestar decisões dos outros poderes do Estado; à promoção de políticas públicas, por meio de suas decisões; e à extrapolação dos princípios da coerência do Direito e da segurança jurídica. Caso deixe de atender a qualquer um desses requisitos, o juiz não pode ser considerado um ativista. Como o ativismo representa um desvirtuamento da atividade típica do Poder Judiciário, suas práticas são consideradas negativas no contexto do Estado Democrático de Direito, ainda que o seu argumento seja o de defender os direitos da sociedade diante dos demais poderes. O voluntarismo do juiz pode ser bem intencionado, mas pode levar ao desrespeito da soberania popular, que elegeu as outras duas instâncias de poder para representá-la (RAMOS, 2010).

Devido à controvérsia conceitual, podem ser apontados alguns tipos de ativismo judicial, conforme classificação de William Marshall. No ativismo contra majoritário o juiz não acata as decisões dos poderes democraticamente eleitos e faz suas próprias escolhas, principalmente tomando como fundamento a extensa experiência e amadurecimento nos temas políticos que já foram discutidos nos demais poderes (RODRIGUES; SOUZA, 2012).

Esse tipo de ativismo é exercido pela Corte Suprema e, no caso brasileiro, pode ser observado na jurisprudência a seguir, onde o STF disciplinou o direito de greve do funcionalismo público. Além de apontar a omissão do Poder Legislativo sobre o assunto, o STF ainda fixa prazo para que o Congresso Nacional edite

legislação sobre o tema, de forma a se ter segurança jurídica, conforme se destaca em negrito:

Processo: MI 670 ES
Relator: Maurício Corrêa
Julgamento: 25/10/2007
Órgão Julgador: Tribunal Pleno
Publicação: DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001

Ementa

MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE**, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA **OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA**. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989 (BRASIL, 2008, p. 1).

No ativismo não originalista o juiz despreza a real intenção do legislador e a concepção estrita do texto legal, desrespeitando o Poder Legislativo ou o Poder Executivo (RODRIGUES; SOUZA, 2012). Em 2007, o STF analisou e decidiu sobre questões de filiação partidária, que deveria ser um assunto relativo ao Congresso Nacional. A Câmara dos Deputados poderia ter resolvido a pretensão do impetrante com base no artigo 238 de seu Regimento Interno, mas como a decisão não foi aceita houve demanda junto ao STF, que terminou por decidir da mesma forma que o Legislativo já o havia feito:

MED. CAUT. EM MANDADO DE SEGURANÇA 26.603-1 DISTRITO FEDERAL

Relator: Min. Celso de Mello

Impetrante: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB

Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados

DECISÃO: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida cautelar, impetrado contra decisão emanada do Senhor Presidente da Câmara dos Deputados, que indeferiu requerimento formulado pelo PSDB, no qual essa agremiação partidária postulava a “Declaração de vacância, por renúncia presumida, de mandatos exercidos por Deputados Federais eleitos sob aquela legenda que hajam mudado de filiação partidária” (fls. 42). [...] as únicas hipóteses de vacância do mandato parlamentar são

aquelas expressamente previstas no art. 238 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados - RICD, quais sejam: falecimento, renúncia e perda do mandato. [...] indefiro o pedido de medida cautelar formulado pelo PSDB (BRASIL, 2007).

Quando se trata do ativismo de precedentes o julgador contraria a jurisprudência existente sobre o tema em julgamento, emanada do próprio Poder Judiciário. É o caso do desrespeito à Súmula n. 343, do Superior Tribunal de Justiça que, em 12 de setembro de 2007 considerou que a presença de advogado no processo administrativo disciplinar era obrigatória, mas o STF, por meio da Súmula Vinculante n. 5, de 7 de maio de 2008, considerou essa mesma presença como não obrigatória. Tal discordância cria insegurança no meio jurídico que demanda os tribunais (VIEIRA, 2009).

No ativismo formal ou procedimental a Suprema Corte resiste em aceitar os limites que foram constitucionalmente estabelecidos para a sua atuação e interfere nas decisões dos demais poderes do Estado. A Constituição Federal de 1988 se expressa, em seu artigo 102, sobre as atribuições do STF no Brasil, como sendo precipuamente a guarda do texto constitucional. Em seguida, o artigo 103-A confere ao STF o direito de aprovar súmulas vinculantes, por meio das quais uma determinada decisão deve ser seguida em todo o âmbito da Administração Pública (BRASIL, 2005).

Isso tira das outras instâncias o poder decisório que deveriam possuir, sob o pretexto de que o STF está promovendo a eficácia da norma, como ocorreu no caso de condenação do nepotismo no Executivo e Legislativo, por meio da análise de um único caso, o qual gerou súmula vinculante (GRANJA, 2013).

Na prática do ativismo material ou criativo a Suprema Corte cria e teorias na doutrina constitucional, desrespeitando o texto original e o sentido estrito da Magna Carta. No Brasil, ainda que o texto constitucional possa ser adequadamente interpretado, faltam condições materiais e normativas para que seja concretizado, o que oferece margem à criatividade do Poder Judiciário, onde o julgador exercita livremente sua discricionariedade subjetiva. A doutrina e a jurisprudência deveriam orientar o julgamento, mas nem sempre é isso que acontece, ainda que o julgador possa seguir parâmetros de coerência ou integridade (SOLIANO, 2012).

O ativismo de reparação é uma das formas com maior visibilidade, quando o Poder Judiciário impõe atuações positivas aos demais poderes, como forma de

garantir ao cidadão os direitos previstos constitucionalmente, como o de acesso à saúde (VIEIRA, 2009).

Assim, o STF determina ao Poder Executivo, na instância do Ministério da Saúde, que providencie a compra no exterior de determinados medicamentos dos quais pessoas com doenças graves e muitas vezes raras necessitam, como se observa na decisão a seguir:

Manteve-se, por conseguinte, a antecipação de tutela recursal deferida pelo TRF da 5ª Região para determinar à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza o fornecimento do medicamento denominado Zavesca (Miglustat), em favor de CLARICE ABREU DE CASTRO NEVES. [...] não procede a alegação de temor de que esta decisão sirva de precedente negativo ao Poder Público, com possibilidade de ensejar o denominado efeito multiplicador, pois a análise de decisões dessa natureza deve ser feita caso a caso, considerando-se todos os elementos normativos e fáticos da questão jurídica debatida (BRASIL, 2009).

Os órgãos afetados por esse tipo de decisão geralmente argumentam que atender aos direitos dos cidadãos, comprando produtos caros e importados, afeta a economia da Administração Pública e a independência dos poderes constituídos. O STF contra argumenta que julga caso a caso, sem prejudicar as finanças públicas, mas no atendimento ao direito constitucional do cidadão à saúde. Muitos doutrinadores, como Ada Pellegrini Grinover, consideram que ao decidir sobre políticas públicas, como a distribuição de medicamentos, o STF está exercendo o controle constitucional (MATSUURA, 2009).

O ativismo partidarista é uma das práticas mais criticadas do Judiciário. Assim ocorreu quando a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) recebeu imunidade tributária, visto ser alçada pela Constituição Federal à condição de prestar serviço público exclusivo do Estado e não ter natureza econômica, conforme o julgado:

Processo: RE 354897 RS
Relator: Min. Carlos Velloso
Julgamento: 17/08/2004
Órgão Julgador: Segunda Turma

Ementa

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA: C.F., art. 150, VI, a. EMPRESA PÚBLICA QUE EXERCE ATIVIDADE ECONÔMICA E EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO: DISTINÇÃO.

- I. - As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: C.F., art. 150, VI, a.
- II. - R.E. conhecido e provido (BRASIL, 2004).

Contudo, a situação da ECT é considerada como privilegiada e monopolista pela Associação Brasileira das Empresas de Distribuição (ABRAED), que interpôs junto ao STF a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 46, questionando sobre a livre concorrência e livre iniciativa em relação ao serviço postal. Como a ECT é, na verdade, uma empresa pública de direito privado e não uma autarquia, como quer a interpretação do STF, a posição tomada foi considerada partidária, excluindo as demais empresas de distribuição de materiais como propaganda impressa e boletos da imunidade tributária. No caso, a Suprema Corte favoreceu uma empresa que presta serviços exclusivos à União, ainda que amparada pela legislação (LEONARDO, 2012).

Assim, o ativismo judicial se manifesta de várias formas, sendo que algumas, como a material ou criativa, podem ser consideradas legítimas e outras, como a partidária, são consideradas ilegítimas, mostrando que nem sempre a Suprema Corte consegue exercer estritamente a legalidade dos princípios constitucionais, interferindo nos demais poderes e criando no mínimo surpresas no mundo jurídico (RODRIGUES; SOUZA, 2012).

1.2.2 Histórico

Os Estados Unidos constituem o principal cenário do surgimento e avanço do ativismo judicial, com grandes discussões sobre o papel da Suprema Corte frente ao sistema político estabelecido. A Suprema Corte norte-americana se faz presente de forma ativa na vida política e social do país muito antes da criação do termo “ativismo judicial”, demonstrando que as decisões ativistas são multifacetadas, envolvendo desde a política até a cultura e também que não resultam apenas de decisões deliberadas dos juízes, mas de uma pluralidade de fatores politicamente construídos e direcionados (CAMPOS, 2013).

A literatura consta como tendo sido o criador do termo “ativismo judicial” o historiador norte-americano Arthur Schlesinger Jr., apresentando-o em um artigo

publicado em 1947. O termo parece ter sido cunhado em alusão à nomeação de sete ministros para a Suprema Corte, pelo presidente Franklin Roosevelt, como forma de ter o plano econômico *New Deal* encaminhado e recuperar a economia norte-americana, profundamente afetada pela Crise de 1929. Ao usar o termo aplicado aos juízes da Suprema Corte, Schlesinger os acusa de favorecer resultados imediatos para a resolução de problemas sociais como o racismo e de sobrepor a política à doutrina e ao sistema de Direito do país (GREEN, 2009).

Schlesinger considerava que os juízes ativistas substituíam a vontade do legislador em assuntos de importância crucial para a nação e que poderiam trazer consequências duradouras, principalmente na promoção das liberdades civis, dos direitos das minorias dos mais pobres. Contudo, no próprio seio da Suprema Corte havia divergências sobre a natureza da função judicial, como se observa:

O grupo Black-Douglas² acredita que a Suprema Corte pode cumprir um papel afirmativo em promover o bem estar social; o grupo Frankfurter-Jackson² advoga uma política de auto restrição judicial. Um grupo é mais preocupado com o emprego do poder judicial em favor de sua própria concepção de bem social; o outro com expandir o campo de liberdade de conformação dos legisladores, mesmo se isso significar sustentar conclusões que eles particularmente condenam. Um grupo considera a Corte como um instrumento para alcançar resultados sociais desejados; o segundo como um instrumento para permitir que os outros poderes de governo alcancem os resultados que o povo deseja, sejam bons ou ruins (SCHLESINGER, 1947, *apud* CAMPOS, 2013, p. 4704).

Assim, o primeiro grupo representa uma declaração de poder sobre a vontade do legislador, onde os juízes tomam decisões de caráter político e de criação positiva do direito, orientando-se pelo seu sentido de justiça social e não exatamente pelo sentido estrito do texto constitucional. Schlesinger aceitava o ativismo judicial caso as liberdades estivessem ameaçadas, mas não como forma de controle dos demais poderes eleitos pela vontade da sociedade (CAMPOS, 2013).

O ativismo judicial nos Estados Unidos, nas décadas de 1950 e seguintes, pode ser observado tanto em cortes liberais, quanto conservadoras, encaminhando julgamentos sobre temas polêmicos, como a ilegitimidade da segregação racial (1954), não à autoincriminação do acusado em processo criminal (1966), direito à privacidade (1965), reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres (1973) e permissão para a realização do aborto (1973) (RESSURREIÇÃO, 2013).

²Duplas de juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos no final da década de 1940. (Nota do pesquisador).

No Brasil, foi a promulgação da Constituição de 1988, prevendo direitos sociais para a população, que desencadeou as práticas ativistas no Judiciário, especialmente entre os membros do Ministério Público. A ascensão do Partido dos Trabalhadores ao governo federal, em 2002, também teve impacto na expansão da atividade judiciária, visto que era lema de campanha providenciar uma reforma nessa esfera de poder, de forma que os direitos sociais, previstos constitucionalmente, mas ainda não atendidos pelo legislador, pudessem ser efetivados. O Poder Judiciário passou a ser visto como o esteio da segurança jurídica em uma economia cada vez mais globalizada. Assim, o Judiciário foi alvo de uma reforma política e outra funcional, além de passar a ter mais transparência diante da sociedade, sofrendo, de certa forma, um processo de popularização (AVELAR; CINTRA, 2007).

Nesse cenário, o STF assumiu uma posição de destaque na vida do país, atuando como órgão destinado a promover a complementação e o desenvolvimento do ordenamento jurídico, tomando decisões que afetam toda a sociedade e que, muitas vezes, deveriam ter sido tomadas pelo Poder Legislativo ou Executivo, a partir do momento em que é provocado. A assunção desse papel positivo é justificada da seguinte forma:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas [...], pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático (BRASIL, 2004).

Além da maior proatividade do Ministério Público, que passou a agir na esfera social e do STF, também as Defensorias Públicas, estaduais e federais, sofreram incremento, passando a serem instaladas em todo o país, proporcionando ao cidadão comum maior acesso à justiça, de forma que possa postular que os direitos que lhe foram garantidos constitucionalmente sejam efetivamente cumpridos. Assim, os direitos que ainda não foram contemplados pela legislação ordinária podem ser efetivados pelo Judiciário, a partir do momento em que haja uma postura ativista do

juiz na interpretação da Constituição, ampliando seu sentido e alcance (CARDOSO, 2011).

1.2.3 O ativismo judicial e a política brasileira

O passado autoritário do sistema político brasileiro ainda é muito recente e o país busca, após a promulgação da Constituição de 1988, construir os alicerces de um Estado Democrático de Direito, que assegure a liberdade e a ampliação da participação de todos os cidadãos na vida nacional. Nesse cenário, se discute o papel dos diversos entes políticos na vida da nação. Cerca de 70% da população tem direito ao voto, escolhendo livremente seus representantes, no entanto, isso não tem garantido que tenha suas necessidades satisfeitas pela ação legislativa e executiva. É nesse contexto que a ação proativa do Poder Judiciário tem se destacado na política brasileira (AVELAR; CINTRA, 2007).

Enquanto as ações do Poder Judiciário estavam restritas aos efeitos decisórios entre as partes não se cogitava de sua legitimidade normativa. A partir do momento em que as decisões passam a reger diversos aspectos da vida de toda a sociedade brasileira, essa legitimidade passou a ser questionada, visto que os juízes, independente da instância em que atuem, não foram escolhidos pelo cidadão para decidirem sobre questões de cunho legislativo. Além disso, se a decisão emana do STF o cidadão não tem mais a quem recorrer, o que é considerado prejudicial à democracia (NEGRELLY, 2010).

Existem posições contrárias e favoráveis ao ativismo judicial. De acordo com a Teoria Procedimentalista a sociedade não tem o direito de exigir que o Poder Judiciário lhe garanta direitos constitucionais, pois eles devem ser efetivados por meio de medidas legislativas. O Poder Judiciário não teria legitimidade democrática contra os atos legislativos ou executivos ou mesmo diante da omissão desses poderes. Os juízes, ao tomarem decisões sobre a constitucionalidade, estariam impondo suas opiniões àqueles que não os elegeram, os cidadãos. Ao agir de forma proativa o Judiciário estaria ferindo politicamente o princípio da separação entre os poderes do Estado (GRANJA, 2013).

A Teoria Substancialista sustenta que, sendo o Poder Judiciário o guardião do texto constitucional, deve intervir quando esses direitos não estejam sendo

assegurados. Normativamente, considera que a Constituição confere ao Poder Judiciário legitimidade para invalidar decisões e atos dos demais poderes, desde que contrárias aos princípios da Magna Carta. Se a Constituição estabelece as regras do jogo democrático e os direitos fundamentais, filosoficamente o juiz tem o papel de defendê-los. O ativismo judicial seria, então, um instrumento de promoção da democracia e não a sua negação. Quanto à separação dos poderes do Estado, argumenta-se que houve uma evolução nesse conceito, com maior complementaridade entre eles. Se houvesse separação absoluta poderia haver arbitrariedade e o cidadão não teria a quem recorrer para dirimir os conflitos nos quais porventura venha a se envolver (GRANJA, 2013).

O ativismo judicial, ainda que apresente vantagens na defesa dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, mas ainda não efetivados pelo legislador, não deve ser uma regra, pois poderia colocar em risco a credibilidade dos Poderes Executivo e Legislativo, que têm os seus representantes eleitos pela sociedade. Para isso é preciso que o Brasil reformule o seu modelo político, para reaproximar os cidadãos dos partidos e da discussão política, resultando na escolha de representantes com maior responsabilidade e discernimento jurídico. Dessa forma, apenas os casos em que o Legislativo não possa, por seus próprios meios e recursos, elucidar ou administrar determinadas questões, estas sejam encaminhadas ao Judiciário (RECK; VICENTE, 2012).

Assim, foi apresentado neste capítulo o marco teórico da judicialização e do ativismo judicial, envolvendo os seus conceitos, histórico, tipologia e as controvérsias existentes a respeito de seu alcance na vida social e na política da nação brasileira, com exemplos de ambos os fenômenos, para que se possa visualizar a sua existência no Estado Democrático de Direito brasileiro, onde o conceito de democracia ainda está em construção e as bases dos direitos fundamentais dos cidadãos precisam ser estabelecidas por leis que emanem do Poder Legislativo, deixando ao Poder Judiciário a função precípua de guardar os princípios constitucionais.

CAPÍTULO II

DIREITO COMPARADO: JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL NO MUNDO

A expansão da judicialização da política no mundo se fundamenta em determinadas condições: a existência ou não da democracia; a separação do sistema de poderes; as políticas de direitos; os interesses dos diversos grupos; uma oposição política consciente dos meios judiciais para a concretização de seus interesses; existência de partidos e governos fracos; apoio insuficiente do Estado ao cidadão; e delegação ao Judiciário das decisões sobre certas áreas das políticas públicas. Essas condições, presentes em maior ou menor medida, caracterizam a judicialização da política e o ativismo judicial em lugares diversos do mundo, em diferentes momentos e contextos históricos (AVELAR; CINTRA, 2007).

2.1 África

No continente africano destaca-se o caso da África do Sul, onde o ativismo judicial garantiu à população o acesso às políticas de saúde, principalmente no enfrentamento da expansão da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) entre a população. Nas últimas décadas a África do Sul evoluiu de uma autocracia racial para uma democracia não racial, sob a liderança de Nelson Mandela. No processo de transição política a Corte Constitucional sul africana exerceu papel fundamental, assegurando a democracia e finalizando a nova Constituição, que foi promulgada em 1996 (LEAL, 2011).

Da mesma forma que ocorreu na Constituição Federal de 1988 no Brasil, a Carta Magna sul africana garantiu o acesso da população à saúde. Contudo, a minoria branca que tentava manter o controle do país afirmava que o Estado não seria capaz de arcar com os custos do tratamento da AIDS e que não poderia ficar entrincheirado diante dos novos direitos sociais. A Suprema Corte foi autorizada pela nova Constituição a justicializar esses novos direitos e garantir sua efetividade para a população (LEAL, 2011).

Foi o que ocorreu em relação à compra de medicamentos genéricos pelo país, para o combate à AIDS. Trinta empresas farmacêuticas tentaram se contrapor

à medida governamental, mas uma associação de pessoas portadoras da doença impetrou ação na Suprema Corte, conseguindo diminuir os preços dos medicamentos, a implementação de um programa nacional de prevenção e a disseminação de informações científicas sobre o vírus e seu alcance, por meio de uma intensa mobilização popular. A Corte obrigou o Estado sul africano a estender um amplo programa de aconselhamento pré-natal por todo o país, como forma de prevenir o alastramento da doença pelo país (LEAL, 2011).

A decisão da Corte Constitucional sul africana foi considerada inovadora e além de obrigar o governo a acatar as recomendações da Organização Mundial de Saúde para o combate à AIDS, ainda fez com que o direito à saúde, previsto constitucionalmente, fosse efetivamente estendido para toda a população, especialmente a mais pobre, onde se encontram as maiores estatísticas de infecção. Mais do que isso, a Corte exerceu o papel de promover uma mudança cultural no país, onde a AIDS não tinha status de doença provocada por falta de educação sanitária e sexual, mas era considerada como resultante de má alimentação ou de cunho espiritual (ALVES, 2013).

2.2 América

Na América Latina a colonização deixou uma forte desigualdade social e econômica e o acesso à justiça sempre foi difícil para as classes menos favorecidas. As ditaduras militares que governaram a região, especialmente na América Latina, não permitiram a concretização de um Estado de Direito que garantisse à população a concretização dos direitos sociais, o que se refletiu também nas Cartas Constitucionais dos países. Assim, o cidadão americano, salvo em países como os Estados Unidos, não apresentam um histórico de lutas sociais em prol do atendimento de seus direitos. O ativismo judicial passou a ser uma forma de ter esse acesso à justiça e promover a efetividade dos direitos fundamentais (SÁNCHEZ; SOARES, 2012).

Na América do Norte, onde a luta pelos direitos sociais é histórica, a Suprema Corte tem garantido a sua efetividade e às vezes apresenta interferências decisivas na vida política do país, como ocorreu nas eleições presidenciais de 2000. Naquela disputa, a margem entre os dois candidatos foi menor do que 0,05% e foi solicitada uma recontagem de votos no estado da Flórida. A Suprema Corte foi acionada e

decidiu que essa recontagem era inconstitucional, dando a vitória a George Bush, em detrimento de Al Gore. O governo Bush foi decisivo na política internacional norte americana. Em 2010, a Suprema Corte estabeleceu limites para as doações financeiras na campanha eleitoral. Essa decisão modificou o cenário dos gastos e influenciou efetivamente essencialmente na campanha de Barack Obama (NUNES JÚNIOR, 2014).

No Canadá, a partir de 1982, foi adotada na Carta Constitucional uma declaração dos direitos fundamentais e liberdades civis. Diante desse documento, qualquer norma jurídica contrária perde validade. Isso provocou o crescimento das demandas judiciais, fazendo com que a Suprema Corte anulasse uma quantidade muito grande de medidas legislativas, o que não acontecia anteriormente, quando ela não se manifestava sobre violações de direitos fundamentais. Nesse contexto, a Suprema Corte também se manifestou sobre a constitucionalidade de testes nucleares norte-americanos em solo canadense. Politicamente, houve uma disponibilidade em repassar poderes ao Judiciário e este assumiu esses poderes (SOUZA, 2013).

A Suprema Corte do Canadá aproximou-se do modelo da corte norte-americana, julgando os temas relativos aos direitos sociais, quando entendesse como pertinente a sua alçada. O modelo de jurisdição constitucional foi descentralizado, passando a ser adotado o modelo difuso, por meio do qual qualquer juiz pode julgar e recusar a aplicação de uma norma, se entender que ela é contrário aos princípios constitucionais. É permitida a presença dos *amicus curiae* nos julgamentos, o que aumentou a participação dos cidadãos na vida judiciária, desde que apresentem argumentos relevantes. Assim, a corte canadense ampliou a defesa dos direitos sociais e aumentou a participação cidadã nas suas decisões (CANAVEZ JÚNIOR, 2012).

Na Colômbia, o juiz comum aceita um recurso individual, em caráter subsidiário, quando ocorre omissão ou inércia legislativa. A decisão desse juiz pode ser revisada pelo Tribunal Constitucional. A Constituição colombiana dispõe que as pessoas podem acionar o juiz em qualquer tempo e lugar, pessoalmente ou por meio de procuração, para que os seus direitos sejam garantidos diante da mora do Legislativo. O juiz emite uma ordem para que este poder exerça o seu papel ou se abstenha de fazê-lo. Geralmente o prazo concedido pela justiça ao Poder Legislativo não supera os dez dias (BRAGA, 2005).

2.3 Europa

Na Europa, além de suas atribuições de julgar os conflitos entre partes, os Tribunais Constitucionais também assumem a tarefa de defender a efetividade dos direitos fundamentais. Na França, foi responsável pela implementação de diversas políticas públicas sociais, como a política universitária e a política de competitividade incluída na Lei de Imprensa de 1984, ambas da fase do governo de François Mitterrand. Na Alemanha, o Tribunal Constitucional possui um enorme poder de arbitragem, exercendo o papel de estabilizador e integrador das forças políticas do país (FAVOREU, 2004).

O Tribunal Constitucional espanhol também aumentou a sua importância, principalmente devido à existência do chamado recurso de amparo, que gera uma grande quantidade de jurisprudência. A Corte também interfere de maneira decisiva nas relações entre o governo central e as Comunidades Autônomas, como a Catalunha e o País Basco, regiões historicamente defensoras de seus direitos e conflituosas. Na Itália, a Corte também exerce importante papel político, principalmente na repressão ao terrorismo e à corrupção. Direitos fundamentais, como o de greve, também são defendidos pela Corte italiana, cujos magistrados possuem representação profissional desde o final da década de 1960 (NUNES JÚNIOR, 2014).

2.4 Oriente Médio

No Oriente Médio, a judicialização e o ativismo judicial encontram espaço em Israel, onde não existe uma Constituição formal e escrita. Onze leis consideradas fundamentais regem a vida do país e até 1992 não incluíam direitos fundamentais. Com a introdução de duas emendas tratando de direitos fundamentais e liberdades civis a Suprema Corte do país aumentou a sua área de atuação. A presença dos partidos políticos e de uma forte atuação do Parlamento favoreceu a judicialização da política em Israel, principalmente na sua fase de criação e organização, na década de 1950 (CANAVEZ JÚNIOR, 2012).

A força dos partidos foi reduzida ao longo do tempo, mas não eliminada. Isso fez com que se estabelecesse um sistema em que a política está separada das leis, para evitar o partidarismo exacerbado, característico da história do país. Assim, o

Estado israelense não pode agir fora do limite legal, o que leva a muitas disputas na Suprema Corte. A excessiva imobilidade e disputas internas dos partidos políticos de Israel levou a população ao ceticismo, levando a Suprema Corte a alcançar um extraordinário poder, com jurisdição em assuntos de natureza criminal e civil e ainda abarca a justiça militar. Essa jurisdição é importante, por se tratar de um país onde as forças de segurança são fundamentais diante do terrorismo e muitas extrapolam e desrespeitam os direitos fundamentais (SEIDMAN, 2005).

2.5 Oceania

A judicialização da política também chegou à Oceania, quando foi introduzida uma declaração de direitos fundamentais na Nova Zelândia. Até a década de 1980, o país não possuía uma Constituição formal. Em 1990, foi adotada uma norma, onde se declarava o objetivo expresso de proteger e promover os direitos humanos e fundamentais no país. O documento não deu à Suprema Corte o poder de interferir na legislação, mas deixou claro que não poderia haver infração aos direitos estabelecidos. Em 2001 foi criado um Tribunal de Direitos Humanos, o qual pode se reportar ao Parlamento e indicar se uma norma é ofensiva ao cidadão (CANAVEZ JÚNIOR, 2012).

Considera-se que nesse modelo a Corte não afronta o Legislativo, apenas orienta as suas ações, permanecendo no limite da lei. Em relação à interpretação legal, a Corte considera que deve prevalecer a Declaração de Direitos, adotada em 1990. A Corte também reconhece as declarações internacionais de direitos humanos, mesmo que não tenham sido referendadas pelo Parlamento, o que indica judicialização, aumentando a atuação dos tribunais, uma vez que se pode julgar ofensas ao cidadão com base nesses documentos. Ainda assim, a judicialização da política neozelandesa é considerada moderada, seguindo o exemplo britânico, visto que o país integra o Reino Unido (CANAVEZ JÚNIOR, 2012).

O controle de constitucionalidade nessas diversas regiões do mundo está ligado a uma moderna ideia de supremacia da Constituição, como norma que define limites e competências nos Estados democráticos. Ao colocarem a Constituição como a regra máxima e buscarem que ela seja respeitada em seu sentido e forma esses Estados procuram garantir uma regularidade das regras e a constitucionalidade das leis elaboradas pelo Legislativo. Assim, a jurisdição

constitucional constitui um “um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais” (KELSEN, 2007, p. 124).

Na medida em que as leis estiverem efetivamente submetidas á Constituição, o país garante a regularidade das regras e, conseqüentemente, a regularidade dos atos administrativos. A Constituição é a base permanente da ordem estatal e da comunidade regida por essa ordem. O processo judicial deve ser o instrumento de execução da Constituição, garantindo a coerência do ordenamento jurídico, prevenindo a produção de atos irregulares ou repressivos ou reagindo contra eles (KELSEN, 2007

Este capítulo apresentou, dessa forma, aspectos da judicialização da política e do ativismo judicial em lugares diversos do mundo e em diferentes contextos históricos, o que resultou em intervenções mais consistentes ou mais moderadas das Supremas Cortes desses países, especialmente na defesa dos direitos humanos e sociais e das liberdades individuais. Em determinados lugares, onde o Estado Democrático de Direito ainda está em construção, como África do Sul e América Latina, a ação do Poder Judiciário é fundamental para garantir que as leis sejam efetivamente cumpridas, no interesse da sociedade.

CAPÍTULO III

JUDICALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: O QUE ASSEGURA OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS BRASILEIROS

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade segue um modelo híbrido, sendo ao mesmo tempo concentrado e difuso. Todos os juízes e tribunais podem exercer esse controle de forma incidental, sendo que o STF exerce-o de forma abstrata, por meio de ações diretas. Com a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988, inserindo matérias antes restritas ao Poder Legislativo, ocorreu uma transferência de poder para os tribunais. O Poder Judiciário, ao recuperar suas garantias, deixou de ser uma área técnica e especializada, para se tornar uma instância política, impondo sua interpretação da Constituição e das leis, suscitando conflitos com os demais poderes (CARDOSO, 2011).

O Poder Judiciário passou a atuar em questões sociais e políticas, com uma nova abordagem interpretativa e decisória, principalmente em relação à normatização de direitos, não só garantindo-os para os cidadãos, mas também criminalizando a responsabilidade política, como nos casos de nepotismo e corrupção. A proatividade dos tribunais brasileiros, essencialmente no que concerne ao STF, tem chamado a atenção da mídia e dos doutrinadores, que discutem os benefícios ou malefícios dessa intervenção (CARMONA, 2012). Assim, alguns aspectos desse tema são apresentados neste capítulo.

3.1 A Liberdade Democrática

Apesar de não terem sido eleitos pelo voto popular, ao invalidarem decisões dos demais poderes do Estado, os magistrados exercem poder político. A Constituição Federal de 1988 confere ao Poder Judiciário a possibilidade de se contrapor ao Poder Executivo, que foi eleito por milhões de votos. Trata-se de um fundamento normativo do constitucionalismo brasileiro, mas também uma característica dos Estados democráticos, que reservam uma parcela do poder político para ser exercida por agentes não eleitos diretamente. Essa função deveria

ser técnica, como já foi mencionado, contudo, o magistrado é alguém que interpreta o texto constitucional e toma decisões (BARROSO, 2012).

No Estado Democrático de Direito a Constituição limita o poder e estipula garantias para os direitos fundamentais. No entanto, a democracia significa a vontade da soberania popular, o que nem sempre se ajusta aos limites constitucionais, dando margem ao surgimento de tensões e conflitos. Quando estabelece garantias para os direitos fundamentais, a Constituição precisa garantir que as regras democráticas sejam obedecidas, por meio de ampla participação política, alternância no poder e governo da maioria. Deve, ainda, proteger os direitos e valores fundamentais, mesmo diante daquele que tem mais votos e mais poder. A jurisdição constitucional bem exercida garante o jogo democrático (BARROSO, 2012).

Também é o Estado Democrático de Direito que consagra a democracia econômica, social e cultural, impondo aos órgãos políticos e representativos que desenvolvam políticas públicas que efetivem o alcance da transformação da economia em direção à maior igualdade; da justiça social, evitando as disparidades e ampliando o acesso dos cidadãos à justiça, para fazer valer os seus direitos. Assim, a Constituição brasileira admite que esses pressupostos sejam apreciados pelo STF, a Suprema Corte, de forma a responder aos anseios sociais, quando provocado. E uma vez provocado, não pode se abster de opinar sobre a questão que lhe foi encaminhada. A forma como essa questão é apreciada é que determinada se ocorre ou não ativismo judicial e se representa um risco para a democracia (CARDOSO, 2011).

No ordenamento jurídico brasileiro o Poder Judiciário tem assumido uma postura ativista, na medida em que as demandas sociais não são satisfeitas no âmbito dos poderes Legislativo e Executivo. Diante da omissão desses poderes, o STF tem se manifestado a respeito de assuntos os mais diversos, como se observa a seguir, com negrito do pesquisador:

O Tribunal julgou parcialmente procedente pedido formulado em mandado de injunção impetrado contra o Presidente da República, por servidora do Ministério da Saúde, para, de forma mandamental, assentar o direito da impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço, em decorrência de atividade em trabalho insalubre prevista no § 4º do art. 40 da CF, adotando como parâmetro o sistema do regime geral de previdência social (Lei 8.213/1991, art. 57), que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada. Na espécie, a impetrante, auxiliar de enfermagem,

pleiteava fosse suprida **a falta da norma regulamentadora a que se refere o art. 40, § 4º**, a fim de possibilitar o exercício do seu direito à aposentadoria especial, haja vista ter trabalhado por mais de 25 anos em atividade considerada insalubre (BRASIL, 2010).

E ainda sobre:

O Tribunal julgou procedentes quatro pedidos formulados em mandado de injunção para declarar a mora legislativa do Congresso Nacional na **regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional previsto no art. 7º, XXI, da CF**, e para determinar a comunicação da decisão a esse órgão (CF: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais... XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;”) (BRASIL, 2010).

Em relação às questões do Poder Legislativo estadual, o STF também se manifestou:

O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ajuizada pela Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso, para reconhecer a **mora do Congresso Nacional em elaborar a lei complementar federal a que se refere o § 4º do art. 18 da CF, na redação dada pela EC 15/1996** (“A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei”), e, por maioria, **estabeleceu o prazo de 18 meses para que este adote todas as providências legislativas ao cumprimento da referida norma constitucional** (BRASIL, 2010).

Com essa postura, o STF demonstra que não aceita a existência de vácuos no sistema político-jurídico, agindo para que a vontade do constituinte originário em atender aos anseios sociais seja referendada. O STF não só controla os atos do Legislativo, mas preenche espaços eventualmente vazios, devido à omissão parlamentar, inovando na ordem jurídica, como um legislador positivo. Busca-se ajustar as leis que já existem ou as que surgem estritamente ao texto constitucional, de forma que atendam aos anseios sociais, sem ferir a norma. Isso é o que tem projetado de forma contundente a imagem do STF na mídia e na sociedade, fazendo com que a sua visibilidade tenha uma dimensão antes nunca vista (SILVA, 2009).

Entretanto, essa análise positiva do ativismo do STF não é compartilhada por diversos doutrinadores, que argumentam ser essa postura ofensiva ao princípio democrático da soberania popular. Contudo, como a Constituição Federal de 1988 é

essencialmente democrática e garantiu ao Poder Judiciário o controle dos atos dos demais poderes, infere-se que essa atribuição é democrática, uma vez que a Carta foi amplamente discutida pela sociedade brasileira, em todas as suas instâncias. O poder do STF e dos demais tribunais para exercer o controle constitucional seria, assim, originário da própria soberania popular, não representando um risco para a democracia, mas garantindo os seus princípios e permanência (CARDOSO, 2011).

3.2 A Separação dos Poderes

Como já mencionado, a ideia da separação dos poderes no contexto do Estado já existia na Grécia Antiga, defendida por Aristóteles. Na Constituição Federal de 1988 garante-se essa estrutura, no texto do artigo 2º, que constitui cláusula pétrea. Deve existir independência, mas também harmonia entre os três poderes constituídos, visto que representam a emanção do poder total do Estado Democrático de Direito (CUNHA, 2010).

No cenário político brasileiro, em que os poderes Legislativo e Executivo pecam pela inércia e omissão, caindo no descrédito da opinião pública, o Poder Judiciário assumiu uma supremacia, para garantir a efetividade dos princípios constitucionais. Para isso, lança mão de alguns instrumentos, como o Mandado de Injunção (MI), que permite a regulamentação de normas infraconstitucionais que foram deixadas de lado pelo Legislativo:

Processo: MI 20 DF
Relator: Min. Celso de Mello
Julgamento: 19/05/1994
Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Ementa

A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de auto- aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição - para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida - que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público - constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção (BRASIL, 1996).

Por meio do Mandado de Injunção o direito é integrado à ordem jurídica, tornando-se eficaz e exercitável. Isso não significa que o STF esteja intervindo no Poder Legislativo, mas sanando uma omissão constitucional em caso concreto, de forma que as regras e princípios estabelecidos pela Constituição sejam efetivados e respeitados. O uso desse instrumento não faz com que o Poder Judiciário extrapole a sua capacidade institucional (CUNHA, 2010).

Ao deferir os Mandados de Injunção o STF entende como inaceitável que, após mais de 20 anos da edição da Constituição de 1988 o Legislativo ainda não tenha regulamentado diversos direitos que beneficiam a sociedade brasileira. Por meio desse instrumento, procura garantir que essa regulamentação seja feita o mais rápido possível, de forma a que a coletividade não tenha mais prejuízos (FIRMINO, 2010).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) configura um controle abstrato de constitucionalidade e tem por objetivo preencher uma lacuna normativa ou melhorar um ato normativo reputado insatisfatório ou insuficiente. Não se destina a resolver controvérsias entre partes em litígio, mas gerar efeitos no plano normativo, como se observa, com negrito do próprio STF:

Processo: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 24 DF
Relator: Min. Dias Toffoli
Julgamento: 01/07/2013

Ementa

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), em face da Presidente da República, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, tendo como objeto **a mora legislativa na elaboração da lei de defesa do usuário de serviços públicos** [...] Conforme relatado e claramente exposto pelo autor da presente ação, a quem louvo pela iniciativa cidadã [...], estamos diante de caso de **inatividade legislativa** [...] Trata-se de ação das mais interessantes, principalmente pela temática de fundo: **a prestação de serviços públicos no País e os instrumentos de defesa dos seus usuários** (BRASIL, 2013).

Ao deferir a medida cautelar ajuizada, o STF reconheceu o estado de mora do Congresso Nacional e deu um prazo de 120 dias para que a norma constitucional (Art. 27, da EC n. 19/1998) fosse regulamentada, em benefício de todos os usuários dos serviços públicos no Brasil que, notoriamente, não atendem aos imperativos da sociedade (BRASIL, 2013).

A atuação do Poder Judiciário por meio desses instrumentos, dentre outros, não significa que os direitos enunciados na Constituição Federal sejam efetivados, visto que o próprio STF reconhece que não se pode substituir o legislador na produção das normas, tão somente reconhecer a sua omissão e estipular prazos para que normatize os direitos em questão. Diante disso, o que tem sido feito é a suspensão de processos judiciais ou administrativos nos quais o impetrante poderia ser prejudicado pela omissão ou mora legislativa. Isso implica em que o Poder Judiciário, ainda que proativo, não consegue se impor definitivamente aos demais poderes, o que não coloca em risco a questão da independência entre eles. No entanto, a harmonia é necessária (BRAGA, 2005).

3.3 Os Direitos Humanos e Sociais

A observância dos direitos sociais previstos constitucionalmente garante dignidade aos cidadãos, principalmente para aqueles que não dispõem de condições materiais para satisfazerem todas as suas necessidades e dependem do Estado para terem uma vida melhor. O Estado arrecada impostos em grande quantidade, principalmente no caso do Brasil, um dos países do mundo onde eles são mais altos e precisa devolver essa arrecadação para a população, em forma de serviços. No entanto, não é isso que acontece, dada a ineficiência dos poderes Legislativo e Judiciário em proverem serviços contínuos e de qualidade para os cidadãos (GRANJA, 2013).

Os direitos fundamentais estão expressos, em primeiro lugar, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, editada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948 e que assim se expressa:

Art. XXV. 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle (ONU, 1948).

Os direitos econômicos, sociais e culturais estão no mesmo patamar dos direitos humanos e contam com toda a proteção nas declarações internacionais. Os direitos humanos, no entanto, não precisam de reconhecimento nas Constituições

nacionais, enquanto os direitos fundamentais (econômicos, sociais e culturais) precisam ser incluídos nesses diplomas para terem validade, como ocorreu na Carta Magna Brasileira de 1988. Esses direitos representam as bases éticas do sistema jurídico nacional e são uma positivação dos direitos humanos na legislação do país. Assim, os direitos fundamentais podem sofrer mudanças em seu sentido, de acordo com o contexto histórico, social e econômico vivido por uma sociedade, o que demanda novas interpretações do texto onde estão registrados (GRANJA, 2013).

Para fazer frente a essas novas interpretações é que se posiciona o Poder Judiciário, quando os demais poderes não cumprem com o seu papel de fazer avançar a normatização do país. A falta de efetividade das políticas públicas leva os cidadãos a recorrerem à justiça, em busca da satisfação de seus direitos fundamentais. Ocorre, então, uma judicialização dos direitos sociais. Como o Estado, que nunca tem recursos suficientes para efetivar por completo todas as políticas públicas, pretere algumas em benefício de outras, o Judiciário se vê diante de dilemas, como atender a poucos cidadãos, em detrimento de toda uma coletividade (MAGALHÃES, 2012).

Na Constituição Federal de 1988, o artigo 6º elenca quais são os direitos sociais, que devem ser atendidos pelo legislador, por meio de normatização:

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 (BRASIL, 2005, p. 13).

Esses direitos, conforme a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, têm aplicabilidade imediata e se o Estado não providenciar a sua efetivação, poderá ser condenado à obrigação de fazer. A não aplicação de medidas sociais, por meio de políticas públicas, gera prejuízos para a sociedade em todas as instâncias enumeradas no artigo 6º. O Estado brasileiro, contudo, atende à efetivação dos direitos sociais por meio da razoabilidade, ou seja, condiciona as prestações a serem feitas ao cidadão ao orçamento disponível. Trata-se do instituto denominado “reserva do possível”, por meio do qual o legislador limita a sua atuação diante das demandas sociais (BRASIL, 2005; MAGALHÃES, 2012).

Não é muito lembrar que o Brasil é um dos países do mundo que mais cobra impostos e, no entanto, a exclusão de grandes setores da sua população ainda é

uma realidade, principalmente diante dos avanços no bem estar das sociedades dos países desenvolvidos. Diante disso, o Poder Judiciário se coloca na condição de retirar direitos sociais da esfera da “reserva do possível” e atende-los, garantindo a efetividade prevista constitucionalmente. É o que ocorre na área da Saúde, onde muitas pessoas demandam o Ministério Público (MP) em busca de uma vaga em Unidade de Terapia Intensiva (UTI), pois no sistema público não existem unidades suficientes para atender a todos. A demanda ao MP também ocorre em função de ineficiência dos serviços de saúde, envolvendo má gestão:

O Ministério Público do DF e Territórios (MPDFT) recomendou [...] à Secretaria de Saúde (SES) que não estenda a contratação dos serviços de suporte do produto *Trakcare* com a empresa *Intersystems* do Brasil Ltda., responsável pela manutenção do Sistema Integrado de Saúde (SIS). [...] A prescrição dos medicamentos dos pacientes com prontuário médico eletrônico destacava a apresentação do remédio, em detrimento da dose a ser administrada [...] Em outra oportunidade, o Ministério Público requisitou à Central de Regulação de Leitos de UTI a relação de pacientes que não eram encaminhados à UTI devido à falta de ambulância. A resposta obtida foi de que "o sistema *Trakcare* não dispõe de ferramenta que gere relatório consolidado com as informações solicitadas". Da mesma forma, ao requisitar informações sobre o número de óbitos de pacientes que aguardavam na fila da UTI, a SES encaminhou ofício com a informação de que "o número de óbitos na fila de espera não está disponível no sistema *Trakcare*, porquanto a base de dados do sistema apresenta falhas na extração do relatório gerencial do ano de 2012 e do corrente ano" (DISTRITO FEDERAL, 2013).

O texto acima mostra que os impostos pagos pelos cidadãos são mal empregados, na contratação de uma empresa que não consegue prestar serviços adequados, fazendo com que, diante da falta de informações, seja necessário acionar o MP, em busca de uma vaga de UTI. Contudo, nem mesmo aquele órgão foi capaz de encontrar essa vaga, pois a empresa que deveria prestar a informação, de forma eletrônica e rápida, não conseguia fazê-lo. Essa situação faz com que um número muito grande de pessoas, em todo o país, morra aguardando uma vaga de UTI, o que é inadmissível diante do texto constitucional (DISTRITO FEDERAL, 2013).

O direito à saúde é um dos temas que mais envolvem a ação do Judiciário no Brasil. Além da questão das vagas de UTI, a compra de medicamentos que não estão registrados no Sistema Único de Saúde (SUS) e Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) é muito frequente. Nesse caso, geralmente a Administração Pública argumenta contrariamente com a “reserva do possível”, de

forma a não cumprir a determinação judicial e também com o fato de que atender a essa demanda envolve pequeno número de cidadãos e não toda a coletividade, como se observa a seguir:

Processo: Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 607.381SC
Relator: Min. Luiz Fux
Órgão Julgador: Primeira Turma
Julgamento: 31/05/2011

Ementa

O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isso por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional (BRASIL, 2011).

Muitas vezes o SUS e a ANVISA alegam que o medicamento não tem registro no Brasil ou que o orçamento é insuficiente para compra-lo pelo tempo que o paciente necessita. Essa contra argumentação pode levar o paciente à morte, o que tem ocorrido com certa frequência. Em relação ao atendimento que deve ser prestado pelas unidades de saúde ao cidadão, também o STF se manifestou, quando provocado:

Processo: Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 759.543RJ
Relator: Min. Celso de Mello
Órgão Julgador: Segunda Turma
Julgamento: 17/12/2013

Ementa

Ampliação e melhoria no atendimento à população no Hospital Municipal Souza Aguiar. Dever estatal de assistência à saúde resultante de norma constitucional. Obrigação jurídico-constitucional que se impõe aos Municípios (CF, art. 30, VII). Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao Município do Rio de Janeiro/RJ. Desrespeito à Constituição provocado por inércia estatal (RTJ 183/818-819). Comportamento que transgredir a autoridade da Lei Fundamental da República (RTJ 185/794-796) (BRASIL, 2013).

O Poder Judiciário é competente para indicar aos demais poderes do Estado as necessárias prestações positivas, para que os cidadãos tenham seus direitos sociais efetivados, sem ferir os limites do legislador ou do Executivo. Esses poderes, no Estado Democrático de Direito, devem se submeter à própria justiça a qual deram origem, por meio da elaboração das normas e das políticas públicas. O Judiciário

não tem competência para criar novas medidas em relação aos direitos sociais, mas tem poder para exigir que o Estado cumpra aquelas que já estão descritas no texto constitucional. Ao fazer a defesa do cidadão, a Suprema Corte e demais tribunais estão exercendo o controle de constitucionalidade (GRANJA, 2013).

CONCLUSÃO

Os temas estudados, a judicialização da política e o ativismo judicial, são considerados, em muitos setores da doutrina do Direito, como consequências de tendências mundiais, que se expandiram principalmente depois da Segunda Guerra, quando muitos países procuraram elaborar Constituições que garantissem a efetivação dos direitos fundamentais, sociais, econômicos e culturais para os seus cidadãos, estruturando Estados Democráticos de Direito. Para garantir essa efetivação, as novas Constituições adotaram o controle da legitimidade das normas por suas Cortes Supremas, o que já era feito nos Estados Unidos desde o século XIX.

O crescimento desses fenômenos no Brasil também pode ser creditado ao modelo institucional adotado, onde a Constituição de 1988 conferiu maior autoridade ao Poder Judiciário, para se posicionar a favor do cidadão, diante da omissão, inércia ou incapacidade do Poder Executivo e Legislativo. Considera-se que essa autoridade possa representar uma sobreposição de poderes, mas o Supremo Tribunal Federal não concorda com esse argumento.

Sua posição é a de que procura defender estritamente o texto constitucional, garantindo que os direitos por ele estabelecidos, para a sociedade brasileira, sejam efetivamente cumpridos pelos demais poderes, por meio de edição de legislação ordinária ou políticas públicas. Esses são os fundamentos da protagonismo do Judiciário no Brasil e que respondem ao problema de pesquisa, acatando a hipótese levantada.

A crítica de que a judicialização e o ativismo judicial colocam em risco a democracia também é refutada pelo STF, sob o argumento de que ao garantir os princípios constitucionais, na verdade está defendendo a continuidade desse regime político. Contudo, não se pode deixar de notar que os poderes Executivo e Legislativo estão carecendo de representatividade no Brasil, com o eleitorado mostrando-se muito cético em relação aos seus propósitos. A reforma política que a população tanto deseja e que se faz necessária não pode ser feita pelo Poder Judiciário, somente pelo Poder Legislativo. Assim, observa-se que um poder não pode extrapolar as atribuições do outro.

No entanto, o STF ocupa todas as lacunas políticas deixadas pelos demais poderes, caracterizando um intenso ativismo judiciário, que tem sido benéfico para a garantia dos direitos sociais e também da defesa dos princípios constitucionais. Não está, com isso, se sobrepondo aos demais poderes, mas exercendo as atribuições que lhe são conferidas pela Constituição Federal de 1988. Sobre a norma constitucional os juízes tomam decisões, que muitas vezes desagradam aos demais poderes, mas podem ser benéficas para os cidadãos. Além disso, tem sido exemplar a defesa da moralidade administrativa, com o combate à corrupção, por parte do STF. Nunca antes no Brasil o cidadão tinha visto um político ser preso, perder o mandato, devido à prática de atos abusivos. E isso tem acontecido na história recente.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cândice Lisboa. Direito à Saúde: Efetividade e proibição do retrocesso social. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013.

ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a justiça e a política. *In*: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Orgs.). Sistema político brasileiro: uma introdução. São Paulo: Ed. UNESP, 2007.

ARISTÓTELES. A Política. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 2005.

AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. Sistema político brasileiro: uma introdução. São Paulo: Ed. UNESP, 2007.

BARBOZA, Estefânia M. de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. Rev. Direito GV, v. 8, n. 1, p. 59-86, São Paulo, jan./jun. 2012. Disponível em:
<<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a03.pdf>>. Acesso em 6 ago. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Rev. (Syn)thesis, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em:
<<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em 5 ago. 2014.

BONFIN, Luiz Fernando A. de Santana; COSTA, Luís Alberto Carvalho. O extrativismo legislativo: a nova forma de ação do Poder Judiciário. *In*: XIMENES, Julia Maurmann; BARROS, Janete Ricken Lopes (Orgs.). 25 anos da Constituição: influências jurídicas, atores políticos e contexto sociológico. Brasília : IDP, 2013.

BRAGA, Valeshka e Silva. A omissão legislativa no Brasil e no Direito Comparado. Rev. LEXLM, 2005. Disponível em:
<<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2005;1000858572>>. Acesso em 27 ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 20 DF. Relator: Min. Celso de Mello. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Brasília, DJ 22-11-1996 PP-45690 EMENT VOL-01851-01 PP-00001. Disponível em:
<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748172/mandado-de-injuncao-mi-20-df>>. Acesso em 28 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautela em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191. Disponível em:
<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(ADPF\\$.SCL A. E 45.NUME.\)&base=basePresidencia](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(ADPF$.SCL A. E 45.NUME.)&base=basePresidencia)>. Acesso em 25 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 354897 RS. Relator: Min. Carlos Velloso. Órgão Julgador: Segunda Turma. Brasília, DJ 03-09-2004 PP-00034 EMENT VOL-02162-03 PP-00506 LEXSTF v. 27, n. 314, 2005, p. 240-251. Disponível em:

<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/767670/recurso-extraordinario-re-354897-rs>>. Acesso em 21 ago. 2014.

_____. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil. 35. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança 26.603-1, Distrito Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 9 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/ms26603liminar.pdf>>. Acesso em 25 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção: MI 670 ES. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926661/mandado-de-injuncao-mi-670-es>>. Acesso em 26 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 175 CE. Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, DJe-182 DIVULG 25/09/2009 PUBLIC 28/09/2009 RTJ VOL-00210-03 PP-01227 RDDP n. 81, 2009, p. 161-166. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135440/suspensao-de-tutelaantecipada-sta-175-ce-stf>>. Acesso em 20 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência: omissão inconstitucional. Brasília: STF, 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>>. Acesso em 28 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 607.381SC. Relator: Min. Luiz Fux. Órgão Julgador: Primeira Turma. Brasília, 31 maio 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624235>>. Acesso em 29 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADO n. 24 DF. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 1 jul. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ado_24mc.pdf>. Acesso em 29 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 759.543RJ. Relator: Min. Celso de Mello. Órgão Julgador: Segunda Turma. Brasília, 17 dez. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5264763>>. Acesso em 29 ago. 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na Suprema Corte norte-americana. Rev. do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB, ano 2, n. 6, p. 4693-4741, 2013. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_06_04693_04741.pdf>. Acesso em 27 ago. 2014.

CANAVEZ JÚNIOR, Jorge Baptista. STF e o direito fundamental à saúde: judicialização, ativismo e bricolagem. Dissertação (Direitos Fundamentais e Novos Direitos). São Paulo: Estácio de Sá, 2012. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/4111713/jorge%20baptista%20canavez%20j%C3%BAnior.pdf>>. Acesso em 5 ago. 2014.

CARDOSO, Patrícia Acioli Lins Webster. Limites do ativismo judicial brasileiro face ao princípio democrático. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura, 2011. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2011/trabalhos_22011/PatriciaAcioliLinsWebsterCardoso.pdf>. Acesso em 27 ago. 2014.

CARMONA, Geórgia Lage Pereira. A propósito do ativismo judicial: super Poder Judiciário? *Âmbito Jurídico*, v. XV, n. 100, Rio Grande, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11605>. Acesso em 26 ago 2014.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 14. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CUNHA, Izimar Dalboni. Separação de poderes e criação jurisprudencial do direito: Limitações ao protagonismo judicial nas hipóteses de omissão legislativa. *Âmbito Jurídico*, v. XIII, n. 82, Rio Grande, nov. 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8419>. Acesso em 27 ago 2014.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. Justiça e equidade. *Rev. Inform. Legislativa*, ano 50, n. 198, p. 7-32, Brasília, abr./jun. 2013. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496930/RIL198.pdf?sequence=1>>. Acesso em 6 ago. 2014.

DISTRITO FEDERAL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. MPDFT recomenda que Secretaria de Saúde não estenda contrato com empresa de tecnologia. Brasília, MPDFT, 13 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/noticias/noticias-2013/6588-mpdft-recomenda-que-secretaria-de-saude-nao-estenda-contrato-com-empresa-de-tecnologia>>. Acesso em 29 ago. 2014.

ENGELMAN, Fabiano. Cidadania e efetivação de direitos no Brasil: caminhos e perspectivas. *In*: MARTINS, Rodrigo Perla; MACHADO, Carlos R.S. (Orgs.). *Identities, movimentos e conceitos: fundamentos para discussão da realidade brasileira*. 2. ed. Novo Hamburgo: Ed. Universidade FEEVALE, 2013.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.

FIRMINO, Nélon Flávio. Mandado de Injunção e a interpretação do STF. *Jurisite*, 2010. Disponível em: <<http://www.jurisite.com.br/doutrinas/Constitucional/doutconst72.html>>. Acesso em 28 ago. 2014.

GRANJA, Cícero Alexandre. O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. Rev. Âmbito Jurídico, v. XVI, n. 119, Rio Grande, dez 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052>. Acesso em 26 ago 2014.

GREEN, Craig. An intellectual history of Judicial Activism. Emory Law Journal, v.. 58, n. 5, p. 1195-1263. Disponível em: <ssrn.com/abstract=1410728>. Acesso em 27 ago. 2014.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Soberania popular como procedimento: um conceito normativo de espaço público. Rev. Novos Estudos, v. 1, n. 60, p. 100-113, 2008. Disponível em: <http://www.novosestudos.org.br/v1/files/uploads/contents/60/20080624_soberania_popular.pdf>. Acesso em 25 ago. 2014.

KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LEAL, Saul Tourinho. Ativismo judicial: as experiências brasileira e sul africana no combate à AIDS. Jus Navigandi, ano 16, n. 2880, Teresina, 21 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19156>>. Acesso em 28 ago. 2014.

LEONARDO, Socorro Janaína M. Serviço postal: considerações gerais e o julgamento da ADPF 46. Jus Navigandi, ano 17, n. 3432, Teresina, 23 nov. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23082>>. Acesso em 25 ago. 2014.

LOPES JÚNIOR, Eduardo Monteiro. A judicialização da política no Brasil e o TCU. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

MAGALHÃES, Daniella Santos. A judicialização dos direitos sociais como consequência da falta de efetividade das políticas públicas apresentadas pelos poderes Legislativo e Executivo. Âmbito Jurídico, v. XV, n. 107, Rio Grande, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=12526>. Acesso em 20 ago 2014.

MARIANO, Cynara Monteiro. Controle de constitucionalidade e ação rescisória em matéria tributária. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MATSUURA, Lilian. STF já apontou situações para o ativismo judicial. Consultor Jurídico, 12 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-ago-12/stf-apontou-tres-limites-ativismo-judicial-politicas-publicas>>. Acesso em 21 ago. 2014.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. O espírito das leis. São Paulo: Martin Claret, 2007.

NEGRELLY, Leonardo Araújo. O ativismo judicial e seus limites frente ao Estado democrático. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza – CE, 9-12 jun. 2010. Disponível em:

<<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3684.pdf>>. Acesso em 28 ago. 2014.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. Ativismo judicial no Brasil: o caso da fidelidade partidária. Arquivos do TRE/RS, ano 51, n. 201 jan./mar. 2014. Disponível em: <http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/NUNES_ativismo_judicial.pdf>. Acesso em 26 ago. 2014.

ONU. Assembleia Geral. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Resolução 217 A, 10 dez. 1948. Disponível em:

<http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 29 ago. 2014.

POGREBINSCHI, Thamy. Judicialização ou representação? Política, Direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

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

RESSURREIÇÃO, Lucas Marques Luz. A Defensoria Pública na concretização dos direitos sociais pela via do ativismo judicial. São Paulo: Baraúna, 2013.

RODRIGUES, Walter dos Santos; SOUZA, Márcia Cristina Xavier. O novo Código de Processo Civil: garantias fundamentais do processo: um novo desafio ao CPC. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SÁNCHEZ, Nathália Mariáh Mazzeo; SOARES Marcos Antônio Striquer. Acesso à justiça e ativismo social na América Latina: a exigência do hermeneuta no Estado Democrático de Direito. XXI Congresso Nacional do CONPEDI, Niterói, 31 out./3 nov. 2012. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f1ee083baf7bb88a>>. Acesso em 27 ago. 2014.

SEIDMAN, Guy I. Judicial administrative review in times of discontent: The Israel Supreme Court and the Palestinian Uprising. Social Science Research Network, out. 2005. Disponível em:

<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=856307>. Acesso em 28 ago. 2014.

SILVA, Renato Jardim. A expressão do legítimo ativismo judicial - decisões que respeitam a vontade do constituinte originário à luz dos valores sociais hodiernos. Brasília: Escola Superior do MPDFT, 2009.

SOLIANO, Vítor. Ativismo judicial em matéria de direitos fundamentais sociais: entre os sentidos negativo e positivo da constitucionalização simbólica. Rev. Academia Brasil. Direito Constitucional, n. 7, p. 182-221, Curitiba, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista8/ativismoVitor.pdf>>. Acesso em 20 ago. 2014.

SOUZA, Valdelio Assis. A função do ativismo judicial no Estado Democrático de Direito. Boletim Jurídico, ed. 1110, out. 2013. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2806>>. Acesso em 21 ago. 2014.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Tornbjörg. The global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics. New York/London: New York University Press, 1995.

THOMAS, Paul. Courtes of last resort: a judicialization of Asian Canadian politics 1878 to 1913. Annual Conference of the Canadian Political Science Association, University of Alberta, Edmonton, 2012 june 12. Disponível em: <<http://www.cpsa-acsp.ca/papers-2012/Thomas-Paul.pdf>>. Acesso em 5 ago. 2014.

VALLE, Vanice Lírio. Judicialização das políticas no Brasil: até onde nos podem levar as asas de Ícaro. Rev.Themis da Faculdade de Direito da UNL, ano 11, v. 20, n. 21, p. 185-210, Coimbra, 2011. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/bpgr/bpgr.nsf/.../c854744ca9ec033b80257b030035b403?>>. Acesso em 5 ago. 2014.

VASCONCELOS, Vítor Vieira. A crítica da Teoria Pura do Direito em Hans Kelsen: os objetivos do Direito e as normas primárias e secundárias. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2004.

VIEIRA, José Ribas. Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. Estação Científica (Ed. Especial Direito), v. 1, n. 4, Juiz de Fora, out./nov. 2009. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20revisado.pdf>>. Acesso em 26 ago. 2014.

XIMENES, Júlia Maurmann. A judicialização da política e a democracia – o papel do campo jurídico. Rev. do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB, ano 1, n. 11, p. 7093-7116, 2012. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_11_7093_7116.pdf>. Acesso em 25 ago. 2014.