

**ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO –  
ASCES UNITA**

**BACHARELADO EM DIREITO**

**LIMITES NECESSÁRIOS PARA O ATIVISMO JUDICIAL**

**GIOVANI BRUNO ALMEIDA LINS**

**CARUARU-PE**

**2017**

**ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO –  
ASCES UNITA**

**BACHARELADO EM DIREITO**

**LIMITES NECESSÁRIOS PARA O ATIVISMO JUDICIAL**

**GIOVANI BRUNO ALMEIDA LINS**

Monografia final de curso, apresentada à ASCES UNITA, como requisito parcial, para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Bruno Viana Araújo.

**CARUARU-PE**

**2017**

## BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

---

Presidente: Prof. Bruno Viana Araújo

---

Primeiro Avaliador: Prof. ...

---

Segundo Avaliador: Prof. ...

## RESUMO

O presente trabalho aborda o fenômeno do ativismo judicial frente à proteção e respeito aos limites necessários. Tem como principal objetivo demonstrar a necessidade de limites na atuação progressista dos tribunais, não para defender um Judiciário castrado, mas sim, na defesa de limites para legitimação de sua atuação na defesa dos direitos fundamentais. Observa-se que a maioria dos críticos da atuação ativista por parte do Judiciário trazem aspectos negativos dessa atuação e descambam no extremo de defender o passivismo dos tribunais frente à concretização, até mesmo, dos direitos fundamentais. Nesse interim, busca-se demonstrar que necessário, na realidade, são limites para atuação ativista. O trabalho foi elaborado com a metodologia de pesquisa bibliográfica com base nos métodos qualitativo e quantitativo buscando conscientizar a sociedade e os juristas da atuação ativista frente aos direitos sociais, demonstrando que a legitimação desse excesso pode ocasionar alguns riscos, uma vez que, quando limitada se torna benéfica para proteção da sociedade e atua na concretização de seus maiores anseios, todavia, sem colocar em risco a estrutura governamental e constitucionalmente traçada entre os três Poderes da República. Defende-se que a prática do ativismo judicial, quando limitada, se mostra necessária e benéfica diante do atual momento vivenciado pela sociedade brasileira.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial. Limites. Legitimação.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>06</b>
<b>CAPÍTULO 1. Ativismo Judicial.....</b>	<b>08</b>
1.1 Conceitos de Ativismo Judicial.....	08
1.2 Origem e Evolução Histórica do Ativismo Judicial.....	12
<b>CAPÍTULO 2. Bases Constitucionais do Tema.....</b>	<b>19</b>
2.1 Teoria da Separação dos Poderes. Funções típicas e atípicas.....	19
2.2 Autonomia e Harmonia nas Diferentes Atribuições.....	24
<b>CAPÍTULO 3. Necessidade dos Limites no Ativismo.....</b>	<b>25</b>
3.1 Ativismo Judicial x Judicialização da Política.....	25
3.2 Aspectos Negativos de uma Postura Ativista.....	29
3.3 Teoria da Reserva do Possível e Suas Implicações no Direito à saúde.....	29
3.4 Limites da Instituição Judiciária ao Decidir Questões Políticas.....	31
3.5 As Funções do Judiciário e os Limites de uma Postura Ativista Legítima e Benéfica.....	37
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>43</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>45</b>

## INTRODUÇÃO

Um dos temas que está em maior voga dentro das discussões do direito constitucional é o ativismo judicial. Tal tema não desperta apenas o interesse dos estudiosos do direito, mas, também, especialistas da seara política, econômica, social, etc. O que ocorre para um fenômeno técnico do direito ser levado para os jornais, debatido por pessoas sem conhecimento técnico da ciência jurídica? Certo é que, talvez boa parte da população não o conheça pelo nome, mas discute e opina se o Supremo Tribunal Federal – com seus Ministros que trabalham perante o público em um canal aberto de televisão – deveria reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo, se deveria reconhecer como legítimo o aborto de fetos anencéfalos ou não, entre outras temáticas já discutidas pela Corte.

O fato é que a atuação judicial se aproximou muito da população e, paralelamente, foi galgando espaço e força, sendo depositada sobre os magistrados uma grande responsabilidade social. Tal constatação se faz tanto com arroubos de alegria, como com críticas severas, isso porque, por certo, vive-se em um país fragilizado com a falta de confiança política, desigualdades sociais extremas que descambam em desigualdades em todas as áreas da vida, sendo isso constatado pela sociedade em geral. Dessa forma, depositar grande poder em apenas uma das funções, leia-se também, um dos Poderes do Estado, gera um grande risco pra todo o sistema.

Assim, a questão dentro da ciência jurídica é debatida pela dicotomia entre adeptos da corrente substancialista de caráter ineficaz e conservador, como também, de outra banda, os da corrente procedimentalista, com argumentos racionais e plausíveis, que vê o ativismo judicial como prejudicial para a democracia, tendo em vista que se vive uma crise de representação política.

O limiar do trabalho será marcado por uma abordagem rápida, mas cautelosa, acerca dos principais temas dentro do direito constitucional que venham a influenciar a problemática proposta, portanto, se abordara conceito, origem histórica, assim será dividido o primeiro capítulo.

Após esse primeiro momento basilar, se debaterá com mais profundidade um dos sustentáculos do tema aqui exposto, dividindo o segundo capítulo em dois pontos, nos quais serão tratadas questões básicas ligadas à problemática, como a teoria da separação dos poderes, as funções típicas e atípicas, sempre buscando a superação e definição das dificuldades relevantes ao tema, esclarecendo sobre a independência e harmonia das atribuições dos três poderes.

No terceiro capítulo, através do aprofundamento paulatino, será exposto o fenômeno do ativismo judicial, debatendo seus parâmetros discutidos através da doutrina e tribunais, fazendo distinções de conceitos fundamentais e a caracterização do ativismo como uma realidade atual. Nesse momento importará entender do que se trata o ativismo judicial, a distinção entre ativismo judicial e a judicialização da política, bem como, a teoria da reserva do possível e e suas implicações no direito a saúde etc.

Toda a exposição teórica e o exaustivo trabalho intelectual culminarão no ápice do trabalho, onde se dissertará acerca da necessidade dos limites para a atuação judicial. Nesse intento serão debatidas e superadas as críticas mais latentes por parte da doutrina com relação ao ativismo judicial, os aspectos negativos de uma postura ativista, as funções do judiciário e os limites necessários para uma postura ativista benéfica.

## 1. Ativismo judicial

### 1.1 Conceitos de Ativismo Judicial

Da análise da terminologia do que seria ativismo judicial, depara-se com mais um instituto de difícil conceituação. Isso porque, quando a doutrina e tribunais enfrentam tal problemática sempre advém uma conotação tendenciosa para a promoção da prática ou enraizada, como Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto Lunarde demonstram, com “definições emocionais-políticas”<sup>1</sup>, que buscam a autocontenção.

Os autores supramencionados citando Kmiec, afirmam que a primeira vez que utilizou-se a expressão “ativismo judicial” foi em 1947, quando o democrata Arthur Schlesinger Jr. através de um artigo analisando a atuação da Suprema Corte na época do New Deal, percebeu duas correntes de pensamentos na Corte uma capitaneada por Douglas e Black que iam a favor da efetivação de políticas públicas na promoção do bem-estar social através do Judiciário, e outra linha de pensamento liderada por Jackson e Frankfurter, onde para eles as políticas públicas deveriam ser deixadas para os poderes eleitos através do povo<sup>2</sup>. Assim, a primeira linha de pensamento foi denominada de “ativismo judicial” e, segundo Kmiec aponta, tal política progressista poderia representar uma ameaça à democracia<sup>3</sup>.

Embora Schlesinger, continuando na linha de pensamento de Dimitri e Soraya citando Kmiec, tenha moldado e inovado com a criação da expressão “ativismo judicial”, o autor não teria conceituado e nem delimitado os critérios para análise e diferenciação dos termos “ativismo judicial” e “autocontenção”, e

---

<sup>1</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDE, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. Disponível em <<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ativismo%20soltas.pdf>>. Acessado em 03/09/2015.

<sup>2</sup> KMIEC apud DIMOULIS, Dimitri; LUNARDE, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. Disponível em <[http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ativismo %20soltas.pdf](http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ativismo%20soltas.pdf)>. Acessado em 03/09/2015.

<sup>3</sup> KMIEC apud DIMOULIS, Dimitri; LUNARDE, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. Disponível em <[http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ativismo %20soltas.pdf](http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ativismo%20soltas.pdf)>. Acessado em 03/09/2015.

as obras que seguiram a do autor nos Estados Unidos da América não contribuíram para a empreitada aqui enfrentada<sup>4</sup>.

Dessa forma, Dimitri Dimoulis e Soraya Gaspareto Lunarde chegam à conclusão de que para conceituar “ativismo judicial” de forma técnica, pode-se adotar duas posições, uma quantitativa e outra qualitativa<sup>5</sup>. Para a primeira, nas palavras dos autores, serão ativistas os juízes “que intervêm demasiadamente nas decisões dos demais poderes, afetando sua separação e equilíbrio”<sup>6</sup>, muito embora seja inovadora, concorda-se com os doutrinadores quando afirmam que esse posicionamento é de poucos resultados práticos, pois é difícil definir quando há muita ou pouca intervenção, uma vez que, um grande número de declarações de inconstitucionalidade não significa uma atuação ativista, pode, por exemplo, decorrer de uma contínua atuação do Legislativo em desconformidade com a Constituição<sup>7</sup>.

A segunda linha de pensamento é definida como “qualitativa”, aqui não importa mais se há muita ou pouca intervenção, mas sim, o critério utilizado pelo juiz para atuar ou não<sup>8</sup>. Muito embora, façam menção da corrente qualitativa, não esclarecem quais são os critérios, uma vez que, segundo eles é de difícil diferenciação o ativismo qualitativo e atuação inconstitucional, sendo utilizada nesse contexto a expressão como pejorativa frente a atuação judicial.

---

<sup>4</sup> KMIEC apud DIMOULIS, Dimitri; LUNARDE, Soraya Gaspareto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. Disponível em <<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ativismo%20soltas.pdf>>. Acessado em 03/09/2015.

<sup>5</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDE, Soraya Gaspareto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. Disponível em <<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ativismo%20soltas.pdf>>. Acessado em 03/09/2015.

<sup>6</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDE, Soraya Gaspareto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. Disponível em <<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ativismo%20soltas.pdf>>. Acessado em 03/09/2015.

<sup>7</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDE, Soraya Gaspareto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. Disponível em <<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ativismo%20soltas.pdf>>. Acessado em 03/09/2015.

<sup>8</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDE, Soraya Gaspareto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. Disponível em <<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ativismo%20soltas.pdf>>. Acessado em 03/09/2015.

Enfrentando as dificuldades aqui já expressas para definição do conceito de ativismo judicial, Elival da Silva Ramos em obra que lhe rendeu o cargo de professor na Universidade de São Paulo (USP) inicialmente faz uma comparação entre os sistemas jurídicos da *commow law* e *civil law*, isso porque, naquele a percepção de um posicionamento ativista por parte dos juízes será mais difícil, pois, se partir do pressuposto de que o ativismo judicial é tido como uma “disfunção no exercício da função jurisdicional”, atuando no lugar da função legislativa, será deparado com a redundância de que a “inovação judicial” no *commow law* é bem mais ampla e necessária, dificultando a percepção de uma atividade progressista judicial<sup>9</sup>. Esse é um dos fatores que dificultam a determinação do conceito, uma vez que, no *commow law* o conceito de ativismo judicial é bem mais amplo, englobando “desde o uso da interpretação teleológica de sentido evolutivo”, ou seja, mutação constitucional em decorrência de fatores históricos, políticos e sociais novos<sup>10</sup>, até uma atuação judicial em que se ultrapassa os limites impostos pelo legislador<sup>11</sup>.

Clarissa Tassinari afirma, por conseguinte, que o ativismo judicial é tido como uma escolha dos órgãos ou pessoas investidas de juridicidade, que frente a um problema concreto posto para o Judiciário, escolhem atuar de forma progressista, ao seu ver como algo prejudicial, sendo um “problema exclusivamente jurídico”<sup>12</sup>.

Sustentando sua tese, a doutrinadora defende que o ativismo judicial é um “ato de vontade” do Poder Judiciário. Assim, para obter a noção de ato de vontade é necessário seguir o caminho percorrido pela mesma, enfrentando o primeiro posicionamento doutrinário que aloca a decisão judicial como uma

---

<sup>9</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva. 2010. p.107.

<sup>10</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha apud RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva. 2010. p.110.

<sup>11</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva. 2010. p.110.

<sup>12</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 117.

escolha, realmente como um “ato de vontade”, portanto retornando a Hans Kelsen que em sua obra “Teoria Pura do Direito”, conclui, pela sua visão, que vontade é decorrente da aplicação do direito, isso porque, é inerente ao ato de interpretação exercido pelos órgãos judiciários<sup>13</sup>. Observe-se que Kelsen não falava acerca do judiciário, muito menos sobre “ativismo judicial”, sua intenção era separar teoricamente o direito da ciência jurídica, afastando assim da política, moral e economia, em alguns pontos defendendo como Leonel Severo Rocha aponta “a total irracionalidade da interpretação feita pelos órgãos do direito”<sup>14</sup>.

Tassinari observa que Kelsen quando coloca a interpretação feita pelo órgão de direito como “ato de vontade”, afirma que seria um ato discricionário e, portanto, para a mesma é tido como uma afronta ao constitucionalismo democrático<sup>15</sup>.

Para Antoine Garapon, o ativismo judicial é tido como a decorrência de um “desejo” dos magistrados ou tribunais, pois, quando ao juiz é apresentado diversas formas de resolver um problema, ele se mostra ativista quando opta pelo desejo de acelerar a mudança social, assim, aos seus olhos, o ativismo judicial é composto por três elementos: escolha, desejo e poder<sup>16</sup>. Seu posicionamento merece registro, pois vem em um momento pós-guerra buscando ultrapassar, ou melhor, acrescentar, a ideia inicial empregada pelos positivistas, uma vez que a crescente judicialização acrescentada do aumento dos poderes dos juízes e tribunais fez as decisões, cada vez mais, serem

---

<sup>13</sup> TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013. p. 56.

<sup>14</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998. p. 394.

<sup>15</sup> TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013. p. 59.

<sup>16</sup> GARAPON, Antoine. O guardador de promessas: justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget. 1996. p. 63.

dotadas de caráter judicializante, mas não inexoravelmente forçou-os a adotar o “desejo” ativista<sup>17</sup>.

## **1.2 Origem e evolução histórica do ativismo judicial**

O tema do ativismo judicial, sua origem, bem como o início de seu amadurecimento, foge dos limites nacionais, sendo necessário revisitar outros ordenamentos e alguns institutos jurídicos diversos. O primeiro deles é tido como “controle de constitucionalidade”, hoje matéria conhecida de qualquer acadêmico de direito, mas que tem seu berço na jurisprudência alienígena.

Para tratar acerca do controle de constitucionalidade é necessário relembrar o afirmado por Barroso em obra específica, que para existência do instituto é preciso dois pressupostos, quais sejam, a “supremacia e rigidez constitucional”<sup>18</sup>.

A supremacia constitucional já foi de certa forma trabalhada aqui e, se trata de um fenômeno e conquista do constitucionalismo moderno, uma vez que a Constituição é colocada no centro e topo do ordenamento jurídico brasileiro, sendo tida como referencial e norma suprema diante de qualquer ato jurídico. Assim, em uma visão “Kelseniana” pode-se visualizar o ordenamento como um sistema escalonado e hierarquizado de normas, sendo a Constituição Federal fundamento de validade dos demais atos jurídicos, sejam eles leis, atos normativos, etc<sup>19</sup>. Diante dessa noção de supremacia constitucional, afirma-se que tal fenômeno é realidade no Brasil e principalmente que se adota a Constituição como suprema na justificativa de que representa a vontade geral

---

<sup>17</sup> Esse olhar crítico da Clarissa Tassinari é fundamental, como se vera mais a frente, para se diferenciar o ativismo judicial da judicialização da política. TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013. p. 62.

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 23.

<sup>19</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 23.

expressa no texto constitucional, privilegiando a ideia da maioria fundadora e constitutiva da comunidade política.

Com relação à rigidez constitucional, se justifica como pressuposto do controle, uma vez que a Constituição para servir de parâmetro na aferição de validade dos atos jurídicos infraconstitucionais tem que possuir uma característica formal diferenciada deste, assim se há inconformidade entre eles não ocorre revogação, o que seria natural por ato posterior, mas sim, inconstitucionalidade<sup>20</sup>.

Rigidez é tida como espécie da classificação feita para as Constituições com relação a sua estabilidade, estas, nesse tocante, podem ser classificadas em rígida, flexível, semirrígida e imutável. Com relação à espécie que interessa no presente trabalho, rígida é aquela Constituição que para sua modificação é necessário que haja um processo mais árduo do que a modificação das normas infraconstitucionais, dessa forma, para alteração de normas constitucionais no ordenamento é necessário que se obtenha 3/5 dos votos, sendo discutida e votada em dois turnos em cada uma das casas do Congresso Nacional<sup>21</sup>.

Afirma-se, portanto, que o ordenamento jurídico é apto para o controle de constitucionalidade, o que não foge de sua realidade atual, uma vez que existem diversos mecanismos para uso do mesmo em vigor, tais como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Fala-se sobre o controle de constitucionalidade, pois, como já afirmado este é um dos elementos que fomentaram o ativismo judicial, inicialmente nos Estados Unidos, que com o passar do tempo foi crescendo nos ordenamentos em escala global, sendo, deste modo, hoje uma realidade mundial, onde o Brasil não foge à regra.

---

<sup>20</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 24.

<sup>21</sup> AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2012. p. 58.

O primeiro precedente histórico, segundo aponta Roberto Barroso, seria no caso “Marbury v. Madison” nos Estados Unidos da América<sup>22</sup>. Para compreender o caso, inicialmente é necessário analisar o contexto histórico, desse modo, seguindo o autor supramencionado, retorna-se para as eleições presidenciais realizadas no final de 1800 nos Estados Unidos da América, onde disputava de um lado John Adams, aliado com os federalistas, e de outro Thomas Jefferson, aliado com a oposição republicana. Dessa disputa saíram vitoriosos os republicanos, tanto no Legislativo como no Executivo com a vitória de Thomas Jefferson como Presidente, não obstante isso, John Adams antes de encerrar seu governo, com os federalistas ainda ocupando a maioria no Congresso, aprovaram uma lei em 13 de fevereiro de 1801, onde reorganizava o Judiciário federal, chamada por the Circuit Court Act, reduzindo assim o número de Ministros da Suprema Corte e criou-se 16 (dezesesseis) novos cargos para juiz federal, sendo todos preenchidos por aliados federalistas. Com toda essa articulação, os derrotados buscavam manter sua influência política através do Poder Judiciário<sup>23</sup>.

Já em 27 de fevereiro de 1801 criaram uma nova lei, chamada por the Organic Act of The District of Columbia, onde o Presidente foi autorizado a nomear 42 (quarenta e dois) novos juízes de paz. No dia 03 de março, véspera da posse de Thomas Jefferson, o Senado aprovou os nomes indicados, ficando encarregado de entregar os atos de investidura já assinados por John Adams, seu Secretário de Estado, John Marshall. Como só possuía um dia para concluir a empreitada, o ora Secretário de Estado e futuro Presidente da

---

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 25.

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. pp. 25 e 26.

Suprema Corte por indicação de John Adams, não conseguiu terminar a tarefa, ficando alguns juízes nomeados sem receber o ato de investidura<sup>24</sup>.

O novo Secretário de Estado foi James Madison que, por orientação de Thomas Jefferson, não entregou os atos de investidura restante, dessa forma, um dos juízes nomeados e não empossados chamado William Marbury propôs uma ação judicial em dezembro de 1801, tendo como base jurídica para seu pedido a lei the Judiciary Act de 1789, onde a Suprema Corte possuía competência originária para a Ação. Contudo, antes de julgada a Ação, o Congresso agora nitidamente com maioria republicana revogou a lei the Circuit Court Act que havia reformado o Judiciário Federal, assim se extinguiu os cargos que haviam sido criados, sendo todos os ocupantes destituídos respectivamente. Por fim, como mecanismo de coibir a apreciação por parte da Suprema Corte, o Congresso suprimiu as reuniões da mesma, ficando parada de dezembro de 1801 até fevereiro de 1803<sup>25</sup>.

Diante de toda essa situação problemática que a Suprema Corte se reuniu em 1803 para julgar Marbury v. Madison.

Marshall o então presidente da Corte, e ex-Secretário do governo de John Adams, proferiu um voto emblemático na situação, mas, frise-se antes de adentrar no teor da decisão em si que não havia expressamente em nenhuma norma positivada a afirmação que qualquer órgão judicial teria competência para exercer, o ora aqui conhecido, controle de constitucionalidade, segundo decidiu a Suprema Corte a mencionada competência seria uma decorrência lógica do sistema. Assim Marshall em sua decisão distinguiu que os atos do Executivo poderiam ser revistos judicialmente com relação a sua constitucionalidade ou legalidade, embora houvesse ressalvas, sendo essas

---

<sup>24</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 26.

<sup>25</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. pp. 26 e 27.

com relação aos atos de natureza política e atos que a própria legislação Constitucional ou infraconstitucional determinou sua exclusiva discricionariedade<sup>26</sup>

Para o Presidente da Corte, Marbury teria direito ao cargo, mas não obstante isso, sustentou que a disposição na Lei Judiciária<sup>27</sup> que determinava a competência originária para a Suprema Corte seria inconstitucional, pois ampliou a competência do órgão indo além do que a Constituição determinou, dessa forma haveria um conflito entre uma lei e a Constituição, devendo prevalecer o ordenamento constitucional. Nasce assim o controle de constitucionalidade, tendo como fundamentos três argumentos, primeiro a “supremacia da Constituição”, segundo a “nulidade da lei que contrarie a Constituição” e, por derradeiro, “é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição”<sup>28</sup>.

Tassinari afirma que com a decisão no caso Marbury v. Madison se superou dois entraves com relação ao ordenamento jurídico americano, um seria com relação à enraizada ideia de que o Poder Legislativo não estaria vinculado à Constituição, outro seria com relação a pouca confiança da população no Judiciário, uma vez que o sistema jurídico adotado no país seria o “common law”, que demanda um conhecimento técnico para análise, impossibilitando assim o controle público das decisões<sup>29</sup>.

De olhar sobre a evolução do instituto, podemos afirmar que a repercussão foi tamanha que a segunda decisão que declarou uma lei inconstitucional se deu em 1857, ou seja, mais de cinquenta anos após o

---

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 29.

<sup>27</sup> The Judiciary Act de 1789.

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 30.

<sup>29</sup> TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013. p. 71.

juízo de Marbury v. Madison. Não obstante isso, a Suprema Corte foi estabelecendo sua competência para analisar a constitucionalidade de atos, leis e decisões estaduais frente às leis federais e a própria Constituição<sup>30</sup>.

Sendo assim, muito embora tenha se demonstrado a origem do controle de constitucionalidade, hoje, no próprio ordenamento norte-americano se percebe uma drástica mudança, onde não mais se discute a possibilidade ou não do Judiciário poder realizar o mencionado controle, mas se percebe um grande crescimento do judicial review<sup>31</sup>, marcado por uma grande interferência judicial nas questões que antes eram discutidas apenas no Legislativo ou Executivo, dessa forma Tassinari citando Christopher Wolf visualiza “três diferentes eras do judicial review”<sup>32</sup>, portanto a primeira delas seria a “era tradicional” que perdurou do estabelecimento da Constituição até 1890, a segunda era, chamada de “era de transação”, perdura do término daquela até um período incerto, que data em torno de 1937, onde inaugura-se uma mudança no modelo de interferência judicial, culminando assim na “era moderna”, atual fase judiciária norte-americana<sup>33</sup>. Segundo a autora, a ideia de ativismo judicial como vontade só aparece nas duas últimas eras, a segunda marcada ainda por uma defesa do direito de propriedade, vindo a última era a caracterizar-se com a manifesta atuação legislativa das Cortes, isso porque, inseridas na tradição “common law” distorceu-se e transmutou-se a intenção de Marshall quando iniciou o controle de constitucionalidade, esculpindo dessa forma um Judiciário com uma atuação mais enfática que a dos demais Poderes<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 32.

<sup>31</sup> Traduz-se controle de constitucionalidade.

<sup>32</sup> WOLF, Christopher apud TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013. p. 87.

<sup>33</sup> TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013. p. 87

<sup>34</sup> TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013. p. 89 e 90.

Com relação ao ordenamento brasileiro, pontua-se que em sua primeira Constituição, datada de 1824, não houve previsão de tal instituto, onde a guarda da Constituição cabia ao Legislativo por decorrência da influência francesa e inglesa<sup>35</sup>. Rompendo com tal organização, a Constituição republicana de 1891, através dos pensamentos de Rui Barbosa, que por sua vez foi fortemente influenciado pela doutrina americana, se previu o controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário, mais especificamente através do Supremo Tribunal Federal, muito embora esse controle tenha sido estipulado de forma difusa sem previsão de um instituto que pudesse uniformizar as decisões. O mencionado problema foi superado com a Constituição de 1934, bem como introduzido um quórum necessário para decretação da inconstitucionalidade, e de especial atenção a previsão da primeira Ação Direta de Controle de Constitucionalidade. Atente-se ainda para a Emenda Constitucional de 16/1965, onde inovou-se com a previsão do controle concentrado de constitucionalidade, a ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2012. p. 658.

<sup>36</sup> AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2012. p. 660.

## 2. Bases constitucionais do tema

### 2.1 Teoria da separação dos poderes. Funções típicas e atípicas

Evitando mal entendidos, busca-se, inicialmente, esclarecer a noção expressa por parte da doutrina contemporânea de que melhor é a utilização da nomenclatura “repartição - ou separação - de funções estatais”, uma vez que, o Poder do Estado, em si, é uno, havendo uma separação das “funções” administrativa, legislativa e judicial<sup>37</sup>, nesse sentido, embora haja tal distinção, sem entrar no mérito da questão, esclarece-se que os termos aqui serão tidos como sinônimos, embora se saiba da distinção, será adotada a expressão “separação de Poderes” por se tratar da forma mais usual de apresentação.

A ideia básica de que os Poderes inerentes ao Estado devem estar separados, tem raízes antigas e remonta, até mesmo, ao pensador e filósofo Aristóteles que já pregava a separação da assembleia-geral, o corpo de magistrados e o corpo judiciário, mas ganhou alma através dos pensamentos iluministas e liberais empregados nas revoluções Inglesa, Americana e Francesa. Tendo suas primeiras linhas detalhadas através dos pensamentos de Locke e Montesquieu<sup>38</sup>. De acordo com o pensamento de Paulo Bonavides, para se compreender a teoria da separação dos poderes, ou segundo o autor, o princípio da separação dos poderes, é necessário observar o momento histórico em que ocorre o amadurecimento das ideias empregadas em tal teoria<sup>39</sup>.

Dessa forma, é interessante, liminarmente, atentar para o século XVII, uma vez que em tal contexto houve o apogeu dos ideais absolutistas, onde através de um esforço intelectual se observa a concretização, justificação e propagação<sup>40</sup> dos pensamentos soberanos, culminando na construção de um Estado monárquico absoluto e supremo. Por certo se pode observar a dispensa da tão pacífica, em nosso meio, conhecida impessoalidade.

---

<sup>37</sup> LEAL, Rogério Gesta. **O estado-juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 38.

<sup>38</sup> BOCHENEK, Antônio César. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJF. 2013. p. 30.

<sup>39</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009. p. 143.

<sup>40</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009. p. 144.

Com toda essa massificação de pensamento, se sustenta o Estado moderno e com pouco tempo advém a nova ordem econômica, baseada no ideal burguês e protegida pelo próprio monarca, que, segundo aponta o autor, criou mecanismos e legislações que fomentassem o comércio e a indústria, robustecendo a burguesia até o momento que possui forças e se volta contra a “decrepitude política da velha realeza”<sup>41</sup>.

Entre os pensamentos dos mencionados filósofos, Locke e Montesquieu, há diversas diferenças, por múltiplos fatores, principalmente impostas pela cultura do país que cada um vivia.

Assim, Locke dissertava acerca de dois Poderes fundamentais: o Executivo e o Legislativo, mas chegou a fazer menção de outros dois Poderes, o Judiciário e a Prerrogativa, isso porque, em sua concepção as funções hoje concebidas ao Judiciário seriam exercidas pelos dois Poderes acima mencionados, afastando, de acordo com os ensinamentos de Saviny, o direito da realidade social<sup>42</sup>. Com relação ao tocante ao poder de Prerrogativa, percebe-se claramente a influência da Constituição inglesa, uma vez que faz menção a um poder que caberia ao príncipe, promovendo o “bem” quando a lei for omissa<sup>43</sup>.

No atual ordenamento há muito mais influência dos pensamentos de Montesquieu, que em sua obra, “O espírito das Leis”, formulou a divisão tripartida dos Poderes. Essa divisão não surgiu com a intenção de organizar politicamente o Estado, nem muito menos de dar independência a esses Poderes, pois, dissertava em defesa da garantia de liberdade dos indivíduos contra os abusos de Poder. Só a partir desse pensamento é que se apregoa independência do Judiciário com relação aos poderes públicos e forças sociais, advindo sua completa submissão à lei<sup>44</sup>, sendo ainda concebido como um Poder sem força política.

---

<sup>41</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009. p. 145.

<sup>42</sup> SAVINY *apud* BOCHENEK, Antônio César. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJF, 2013. p. 36.

<sup>43</sup> LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Julio Fischer. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005. p. 530.

<sup>44</sup> MONTESQUIEU *apud* BOCHENEK, Antônio César. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJF, 2013. p. 36.

Citando Montesquieu, Paulo Bonavides demonstra em linhas gerais o pensamento base do filósofo, segundo o qual a liberdade consiste em fazer tudo o que a lei permitir e conseqüentemente percebe-se na história que “todo homem que detêm o Poder, tende a abusar do mesmo”, indo esse abuso até o tocante que lhe impõem limites, sendo que a melhor forma de controlar o Poder seria através de o próprio Poder<sup>45</sup>, ou seja, freios e contrapesos.

Para Montesquieu cada Estado teria três Poderes, os quais são adotados no arranjo político nacional, sendo, portanto, o Poder Legislativo, o Poder Executivo<sup>46</sup> e o Poder Judiciário<sup>47</sup>, exercendo cada Poder determinadas funções.

Nesse sentido escreveu Bonavides que caberia ao Poder Legislativo o encargo de criar leis, podendo ser para sempre ou por determinado tempo, bem como poderia aperfeiçoar ou ab-rogar as normas existentes. Já ao Poder Executivo, utilizando o autor das terminologias empregadas na obra de Montesquieu, seria exercido pelo “príncipe ou magistrado da paz e da guerra”, realizando as funções políticas com outros Estados, cuidando da segurança e prevenindo invasões. Por derradeiro, haveria o Poder Judiciário com a função de punir os crimes e julgar as lides de ordem civil<sup>48</sup>.

Para Montesquieu existiria um grande risco se uma única pessoa exerce-se as funções de mais de um poder, pois tal realidade afetaria ou sucumbiriam as “liberdades políticas”. Assim, além de haver a necessidade de evitar a concentração de Poderes em uma única pessoa, era necessário que os poderes atuassem de forma harmônica entre si, pois assim, um limitaria o outro.

Segundo a percepção de Paulo Bonavides, um dos fatores que influenciaram essa abstração no rigor foram as técnicas de controle<sup>49</sup>, que na prática são formas utilizadas para equilibrar a noção de pesos e contrapesos.

---

<sup>45</sup> MONTESQUIEU *apud* BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009. p. 148.

<sup>46</sup> Segundo a terminologia do pensador, “poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes”. MONTESQUIEU *apud* BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009. p. 149.

<sup>47</sup> Segundo a terminologia do pensador, “poder executivo das coisas que dependem do direito civil”. MONTESQUIEU *apud* BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009. p. 149.

<sup>48</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009. p. 149.

<sup>49</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009. p. 151.

Assim, no contexto constitucional nacional, pode-se perceber o Executivo adentrando na seara do Legislativo, como exemplo, o poder de veto em alguns tipos normativos ou até mesmo o poderio de controle nas questões orçamentárias, nada absurdo, uma vez que, quem melhor conhece as demandas financeiras do Estado é o próprio Executivo. Igualmente há interferência do Executivo nas funções do Judiciário, mais uma vez no contexto constitucional, tem-se como exemplo, o poder do Executivo conceder indulto, bem como sua cabal participação na escolha e nomeação dos membros em alto escalão do referido Poder<sup>50</sup>.

No tocante ao Legislativo, igualmente, tal Poder interfere nos demais, por exemplo, o veto do Poder Executivo como acima mencionado, pode ser ultrapassado através de um procedimento legítimo ou, até mesmo, o processo de *impeachment* contra as autoridades executivas. Com relação ao Judiciário, percebe-se uma direta comunicação do Poder Legislativo com a sua fixação das despesas dos próprios tribunais, bem como a fixação de jurisdição ou até mesmo na determinação do número de membros pertencentes ao Poder Judiciário<sup>51</sup>.

Quando se refere ao Judiciário, o autor demonstra que igualmente aos demais Poderes, exerce funções que em primeiro momento seriam tidas como atípicas, exemplo de tal situação seria o poder de auto regramento do funcionamento dos tribunais que se aproxima da função legislativa, bem como a prerrogativa de organizar o quadro de seus servidores aproximando-se do Executivo. No tocante ao Judiciário, se tratará de forma mais pormenorizada adiante<sup>52</sup>.

Ainda há quem defenda a necessidade de um quarto Poder, chamado pela doutrina de “Moderador”, defendido inicialmente por Benjamin Constant ainda na época monárquica. Bonavides citando Constant, expressa as principais ideias do pensador, segundo o qual haveria necessidade de um Poder dos poderes, que julgaria os conflitos que surgem entre os três já aqui expressos, bem como os que podem surgir de conflitos dos “novos poderes”, tais como, o poder partidário, poder militar, etc. Esse quarto Poder teria que ser

---

<sup>50</sup> Referência ao parágrafo único do artigo 101 da Constituição Federal de 1988. BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009. p. 151.

<sup>51</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009. p. 152.

<sup>52</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009. p. 152.

uma autoridade neutra e intermediária, cabendo assim, para o contexto da época, ao rei<sup>53</sup>.

Vale ressaltar que o Brasil adotou em seu sistema constitucional do Império, expressamente, o quarto Poder. Há ainda quem defenda que mesmo após ser derogado das Cartas Constitucionais, o Poder Moderador continuou atuando de 1891 a 1964 no Brasil, através das Forças Armadas<sup>54</sup>.

De outra banda há também o que foi expresso por Rogério Gesta Leal, basicamente, que se vive uma crise no ideal da separação de Poderes, onde há comportamentos estatais que defrontam diretamente tal princípio, sendo cada vez mais usuais, tais como:

(a) a excessiva atividade legiferante do Poder executivo, no uso de Medidas Provisórias e outras matérias; (b) a progressiva inércia do Poder Legislativo em face de suas competências legiferantes próprias; (c) a criticada intervenção do Poder Judiciário em temas que, por vezes, se confundem com competências dos demais poderes<sup>55</sup>.

A título de suplementação, vale esboçar os apontamentos que segundo aponta Canotilho<sup>56</sup>, o princípio da separação dos poderes possui duas dimensões complementares, uma sendo negativa caracterizada pelo controle, divisão e limite propriamente do poder e outra sendo uma dimensão positiva que atua como fonte de constitucionalização, ordenação e organização do poder Estatal. No dizer do autor aquela seria tida como divisão de poderes e esta como separação dos poderes. Assim, a divisão de poderes assegura uma medida jurídica ao próprio poder do Estado, que em último escopo protege a esfera jurídico-subjetiva dos indivíduos, sendo a separação de poderes aquela que intervém nas ordenações de funções do Estado, atuando no esquema de competências, tarefas, etc, mas, não se pode deslembrar que tanto uma como a outra significam responsabilidade pelo exercício do poder.

---

<sup>53</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009. p. 155.

<sup>54</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009. p. 156.

<sup>55</sup> LEAL, Rogério Gesta. **O estado-juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 38.

<sup>56</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Portugal, Coimbra: Edições Almedina. 2003. p. 250.

## 2.2 Autonomia e harmonia nas diferentes atribuições

As obrigações legislativa, executiva e judiciária podem ser claramente demonstradas dentro do sistema constitucional pátrio. Ao tratar do tema, José Afonso da Silva faz as seguintes considerações:

A função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis. A função executiva resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples execução das leis, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em função de governo, com atribuições políticas, co-legislativas e de decisão, e função administrativa, com suas três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público. A função jurisdicional tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflito de interesse.<sup>57</sup>

A ideia da divisão dos poderes era criar um sistema de compensação onde não ficasse concentrado e nem sobrecarregado uma única pessoa ou órgão o poder do estado. Assim esse sistema foi conceituado em todas as constituições de quase todo o mundo, agregando-se a ideia de estado democrático. Entretanto diante da situação histórica e social foi-se permitindo uma maior ingressão entre os poderes, enfraquecendo a teoria que preconizava a separação dos poderes<sup>58</sup>.

Assim atualmente, o princípio não tem mais a mesma severidade que se encontrava antes. A ampliação das atividades estatais compeliu uma nova visão da teoria, trazendo formas diferentes de relação entre legislativo, executivo e judiciário sendo conceituada até por “colaboração de poderes”<sup>59</sup>.

O intitulado sistema de “freios e contrapesos” pode ser atinado como a inter-relação dos poderes de forma concertina, onde cada um respeita atribuições e limites de forma que não sejam concentradas em uma única mão as incumbências inerentes, com intuito de evitar o arbítrio, fornecendo assim, condições para o respeito aos direitos individuais<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 108.

<sup>58</sup> LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. 15 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>59</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 109.

<sup>60</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

### **3. Necessidade dos limites no ativismo**

#### **3.1 Ativismo Judicial x Judicialização da Política**

Como o debate acerca do ativismo judicial está se tornando mais corriqueiro, várias pessoas confundem os dois termos, “ativismo judicial” e “judicialização da política”, acreditando se tratar de sinônimos, fazem uso indiscriminado das expressões. Com o intuito de rechaçar qualquer dúvida, bem como mostrar a forte ligação que há entre as duas terminologias, mas também, realizar a diferenciação necessária para continuar na análise da problemática que se elabora o presente tópico, pois como afirmou Tassinari: “é preciso diferenciar para compreender”<sup>61</sup>.

Antecedendo e preparando o caminho para o cerne da questão ora aqui levantada, não se pode negar que os direitos fundamentais possuem uma grande proximidade com a política. Primeiro, como apontam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, porque eles foram conquistados ao longo da história através de lutas ferozes, guerras civis e revoluções, segundo porque, eles andam junto com acaloradas discussões políticas<sup>62</sup>, hoje discutidas tanto nos Poderes originários para essas questões, Legislativo e Executivo, bem como, também, pelo próprio Judiciário. Ora, basta lembrar algumas decisões, como acerca do aborto, tratamento penitenciário dos condenados por “crimes hediondos”, união estável de pessoas do mesmo sexo, infidelidade partidária, etc. para perceber a atuação judiciária em questões polêmicas.

Judicialização, como afirma Barroso, é exatamente o que se vê hoje nos tribunais e apontado acima, ou seja, questões que eram decididas antes apenas no Legislativo e Executivo, hoje são levadas ao Judiciário, dessa forma, continua o autor, ocorre uma transferência de poder e mudança significativa na forma de discussão e decisão das questões políticas<sup>63</sup>.

Nesse sentido, buscando uma definição, Oliveira, citando o ministro Luiz Fux que em decisão pelo Supremo Tribunal Federal fez menção ao doutrinador

---

<sup>61</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013. p. 27.

<sup>62</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008. p. 15.

<sup>63</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 276.

Chester Neal Tate, afirmando que o fenômeno da judicialização “significa o deslocamento do pólo de decisão de certas questões que tradicionalmente cabiam aos poderes Legislativo e Executivo para o âmbito do Judiciário”<sup>64</sup>

As razões dessa problemática são variadas, algumas já discutidas aqui, como por exemplo, as próprias características da Constituição brasileira, o alargamento que houve no tocante ao acesso à justiça, a escolha como modelo institucional do Presidencialismo, etc., mas há outras variantes na concretização desse fenômeno, como apontado pelo atual Ministro Barroso, a própria redemocratização do país influenciou de certa forma no diálogo entre direito e política, isso porque, ocorreu na prática uma grande independência dos próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal, que não possuíam mais seus títulos de investidura diretamente ligado ao regime militar, bem como, pela própria redemocratização ampliou-se a luta pelos direitos através da bandeira da cidadania, expandiu-se a atuação do Ministério Público e deflagrou-se a ampliação da presença da Defensoria Pública<sup>65</sup>.

Há quem discuta na esteira da polêmica “judicialização” se a terminologia é criada para diminuir ou fortalecer a atuação do Judiciário frente ao jogo de poderes que existe. Dessa forma, para Rafael Tomaz de Oliveira, o discurso da judicialização da política fortalece a posição do Judiciário no Estado de Direito, sendo seu papel importante no aspecto do auxílio na redemocratização, superando os regimes ditatoriais, função essa evidente no constitucionalismo na América Latina. Portanto, para o mencionado autor, o estudo acerca da judicialização não limita o judiciário, mas busca outras formas de democratização e legitimidade dos atos judiciais<sup>66</sup>.

Para Tassinari a noção de judicialização da política é dada pela interação de pelo menos três elementos: “Direito”, “Política” e “Judiciário”. Assim, atrelado aos elementos está a percepção de constitucionalismo, que

---

<sup>64</sup> TATE, Chester Neal *apud* OLIVEIRA, Rafael Tomaz de Oliveira. **Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>>. Acessado em 04 de julho de 2014.

<sup>65</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 277.

<sup>66</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de Oliveira. **Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>>. Acesso em: 04 de julho de 2014.

segundo sustenta a autora seria uma tentativa do direito em impor limites à política, por meio das Constituições<sup>67</sup>. Ressalte-se uma observação feita por Tassinari no sentido de que não é porque o direito se comunica com a política que de forma inexorável redundará em ativismo judicial, pois a comunicação como alegada, ou seja direito e política, é ínsita do direito constitucional, já a postura judicial ativista não<sup>68</sup>. Por derradeiro afirma a autora que a judicialização é tida como questão social, que independe da intenção do órgão judicante, confirmando o anteriormente afirmado, sendo decorrência de fatores externos ao próprio Judiciário<sup>69</sup>.

Para distinguir a “judicialização da política” do “ativismo judicial” como escolha dos atores do judiciário, é necessário relembrar o já mencionado pela doutrinadora Maria Tereza Sadek, que há diferenciação entre as virtualidades e a realidade<sup>70</sup>. Dessa forma percebe-se que o fenômeno da judicialização da política com suas diversas causas, constitui um modelo de virtualidade para o ativismo judicial, mas não se tratam de expressões sinônimas ou decorrência cabal e lógica uma da outra, aquela apenas permite uma atuação ativista por parte dos juízes e tribunais, que poderão adotar uma postura proativa ou não.

Sem repetir o já mencionado no ponto que conceitua ativismo judicial, é interessante demonstrar o posicionamento de Clarissa Tassinari que afirma que há diversas perspectivas de abordagem para o ativismo judicial, tais como, decorrência do poder de controlar atos dos demais Poderes, como sinônimo de maior interferência do Judiciário, como possibilidade de maior discricionariedade no ato decisório, entre outras<sup>71</sup>. Mas, esse fenômeno não é decorrência direta, por exemplo, da constitucionalização de matérias antes nunca tratadas pelo ordenamento positivo, isso porque como aponta Barroso, quando as demandas são levadas ao Judiciário esse tem o dever constitucional de dar uma solução para as mesmas, mas isso não se trata propriamente de

---

<sup>67</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013. p. 29 e 30.

<sup>68</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013. p. 29.

<sup>69</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013. p. 32.

<sup>70</sup> SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (orgs.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 10.

<sup>71</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013. p. 33.

ativismo judicial, este se estabelece com a escolha do membro do Judiciário em ir além do próprio texto constitucional, fazendo expandir seu alcance<sup>72</sup>, aplicando a Constituição onde ela não previa expressamente, realizando um controle de constitucionalidade com critérios menos rígidos e a cominação de abstenção ou imposição de condutas para os Poderes Públicos no tocante a políticas públicas<sup>73</sup>.

Para diferenciar de forma cabal os dois fenômenos, é necessário adotar a ideia de que o ativismo judicial é um “ato de vontade” dos órgãos do Poder Judiciário, advindo de questões de dentro do próprio direito, mais precisamente, decorre de um “problema” na função interpretativa, mas também e principalmente decorre de uma questão isolada da própria ciência jurídica, advindo do que o juiz pensa, entende e deseja para solução de determinada questão judicializável, ou seja, decorre do que já demonstrado quando citando Garapon, decorre de um “desejo” do magistrado<sup>74</sup>.

Já a judicilização, se expressa bem nas palavras de Oliveira, “aquilo que, genericamente, se chama de judicialização da política é mais um diagnóstico do que, propriamente, um remédio para certo tipo de patologia”, assim, sustenta o autor, “mesmo sem judicialização, podemos ter decisões ativistas”<sup>75</sup>, ou seja, a judicialização decorre de diversos fatores como os tratados acima, independente do querer do judiciário que se encontra no cenário como mero elemento da mesma e não propulsor da judicialização, e “o bom funcionamento da mesma tende a controlar” seus índices<sup>76</sup>.

---

<sup>72</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 277.

<sup>73</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 277.

<sup>74</sup> GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget. 1996. p. 43.

<sup>75</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de Oliveira. **Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>>. Acesso em: 04 de julho de 2014.

<sup>76</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de Oliveira. **Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>>. Acesso em: 04 de julho de 2014

### **3.2 Aspectos negativos de uma postura ativista**

Para diversas pessoas, entre elas doutrinadores, políticos, até mesmo alguns magistrados, etc., a postura ativista é tida como um problema, nesse sentido, por exemplo, Clarissa Tassinari que o enfrenta negativamente na perspectiva política e jurídica, Lenio Luiz Streck que o tem como um perigo para a própria democracia<sup>77</sup>, entre outros. Por se tratar de um fenômeno polêmico, por certo, há diversas críticas à atuação progressista dos magistrados e tribunais, principalmente quando se olha a partir da perspectiva dos direitos prestacionais, esses que ainda sofrem a crítica da sindicabilidade e aumento exponencial das determinações judiciais nessa seara, nesse sentido pode-se acompanhar, por exemplo, os gastos no âmbito da União com medicamentos através de determinações judiciais: em 2005 o gasto foi de R\$ 2,24 milhões, passando em 2010 com aumento de 5.000% para R\$ 132,58 milhões<sup>78</sup>, chegando em 2012 em R\$ 356 milhões de reais<sup>79</sup>, sendo, dessa forma, uma preocupação de todos a limitação dessas ações. Com o intento de trabalhar algumas dessas críticas que se elabora o presente ponto, sem se ter a intenção de exaurir a temática.

O poder judiciário é encarregado do controle de constitucionalidade dos atos dos órgãos legislativo e judiciário, lhe sendo incumbida tal prerrogativa é essencial que a exerça de forma a evitar possíveis abusos dos órgãos. Entretanto, não pode usufruir de tal função para usurpar as competências atribuídas aos demais poderes, sob ameaça de por em risco a sobrevivência do sistema democrático.

### **3.3 A teoria da reserva do possível e suas implicações no direito à saúde**

No que se refere à efetivação dos direitos fundamentais relacionados a saúde, precisam ser destacados alguns pontos. Deve ser levado em consideração o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e a

---

<sup>77</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado editora. 2013.

<sup>78</sup> Disponível em <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia/2011/04/28/sobe-5000-gasto-do-governo-com-remedio-via-justica.jhtm>>. Acesso em: 24 de julho de 2014.

<sup>79</sup> Disponível em <<http://atualidadesdodireito.com.br/blog/2013/07/10/uniao-gastou-r-356-milhoes-com-aco-es-sobre-remedios/>>. Acesso em: 24 de julho de 2014.

relação entre direito a saúde com o direito a vida. Simultaneamente, é preciso ponderar na política de saúde pública a questão orçamentária da Administração Pública, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, além dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.<sup>80</sup>

Juristas defendem a tese de que é imprescindível ao estado garantir o “mínimo existencial”, isto é, o direito básico das pessoas, sem intervenção para além desse piso. Argumentam, além disso, que esse mínimo esta sujeito a apreciação do binômio necessidade/capacidade, não exclusivamente do provedor, mas também, daqueles a quem se prometeu a implementação da satisfação daquelas necessidades. Ademais, por força de principio da dignidade humana, todo ser humano possui um direito ao mínimo existencial, o que preconiza um direito aos meios que proporcionem a satisfação das necessidades básicas.<sup>81</sup>

A insuficiência de recursos financeiros do estado dificulta a concretização do atendimento do “mínimo existencial”. Com isso em sendo aferida pela doutrina e jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal (STF), na esfera daquilo que se convencionou designar “reserva do possível”. Assim, ao se confrontar a possibilidade financeira do estado, consubstancia a disponibilidade de recursos materiais para realização de eventual condenação do Poder Público na prestação de assistência farmacêutica.<sup>82</sup>

Nos autos da ação civil pública nº 2003.81.00.009206-7, promovida pelo Ministério Público Federal em face da União, do Estado do Ceará e do Município de Fortaleza perante a 4ª Vara Federal de Fortaleza-CE, citado pelo juiz federal George Marmelstein Lima, o procurador regional dos direitos do cidadão na Paraíba, Duciran Van Marsen Farena, argumenta:

As alegações de negativa de efetivação de um direito social com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; é

---

<sup>80</sup> Disponível em <[http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,consequencias-da-judicializacao-do-direito-a-saude,37535.html#\\_ftn5](http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,consequencias-da-judicializacao-do-direito-a-saude,37535.html#_ftn5)>. Acesso em: 23 de novembro de 2016

<sup>81</sup> Disponível em <[http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,consequencias-da-judicializacao-do-direito-a-saude,37535.html#\\_ftn5](http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,consequencias-da-judicializacao-do-direito-a-saude,37535.html#_ftn5)>. Acesso em: 23 de novembro de 2016

<sup>82</sup> Disponível em <[http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,consequencias-da-judicializacao-do-direito-a-saude,37535.html#\\_ftn5](http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,consequencias-da-judicializacao-do-direito-a-saude,37535.html#_ftn5)>. Acesso em: 23 de novembro de 2016

preciso demonstrá-la. O que não se pode é deixar que a evocação da reserva do possível converta-se "em verdadeira razão de Estado econômica, num AI-5 econômico que opera, na verdade, como uma anti-Constituição, contra tudo o que a Carta consagra em matéria de direitos sociais."<sup>83</sup>

Posto que, não existe dúvida que no conceito de mínimo existencial abranja a assistência farmacêutica, também não há qualquer dúvida a respeito do limite da atuação judicial é o postulado da reserva do possível.<sup>84</sup>

A não disponibilidade de recursos limita o direito social a saúde se deparando com a reserva do possível limitando sua efetividade na medida em que o custo proveniente da prestação deste direito estabelece a adequação das receitas públicas. No processo de concretização do direito a saúde cabe ao judiciário a observar a binômica razoabilidade da pretensão e disponibilidade de recursos públicos como elementos fundamentais à concretização deste direito, perante pena de o descomedido número de decisões inócuas e arrazoáveis conduzirem à falência o Estado perante a impossibilidade de cumprir todas essas decisões.<sup>85</sup>

#### **3.4 limites da instituição judiciária ao decidir questões políticas**

A primeira questão ressaltada nesse ponto é com relação ao princípio da "segurança jurídica", quem, muito bem, faz essa ressalva é Victor Guimarães, demonstrando que com as decisões "casuísticas e discricionárias" advém uma aresta de insegurança, tanto para os gestores primários, aqueles que deveriam atuar nas questões políticas, uma vez que, esses, segundo o autor, não sabem quando podem contar com o orçamento previamente estipulado, podendo gerar, em última análise, um caos administrativo, bem como, em outro viés, também à população em geral, que sofre através da

---

<sup>83</sup> FARENA, Duciran Van Marsen. *A Saúde na Constituição Federal*, p. 14. *In: Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública*, n. 4, 1997. P.12

<sup>84</sup> Disponível em <[http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,consequencias-da-judicializacao-do-direito-a-saude,37535.html#\\_ftn5](http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,consequencias-da-judicializacao-do-direito-a-saude,37535.html#_ftn5)>. Acesso em: 23 de novembro de 2016

<sup>85</sup> Disponível em <[http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,consequencias-da-judicializacao-do-direito-a-saude,37535.html#\\_ftn5](http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,consequencias-da-judicializacao-do-direito-a-saude,37535.html#_ftn5)>. Acesso em: 23 de novembro de 2016

insegurança de ver suas expectativas de investimentos dos recursos públicos frustradas por decisões judiciais que os alocam em outras finalidades<sup>86</sup>.

Como exemplo do alegado acima, o autor menciona a argumentação feita pelo atual ministro do Supremo Tribunal Federal, que no momento atuava como advogado-geral da União, José Antônio Dias Toffoli, que na audiência pública sobre saúde, datando de 27/04/2009, quando tratava do caso de um prefeito de uma das cidades do estado de São Paulo que ao cumprir uma decisão judicial “entregou as chaves da cidade” ao juiz, pois, gastou toda a verba destinada para saúde para o cumprimento de uma decisão judicial, assim, afirmou Toffoli, “a complexidade da questão é muito maior do que se tem discutido em juízo” e, que as determinações dos juízes que garantem o fornecimento de remédios e tratamentos a indivíduos criam um “sistema de saúde paralelo ao SUS<sup>87</sup>, priorizando o atendimento à pessoas que muitas vezes sequer procuraram o sistema”<sup>88</sup>.

Outra problemática é com relação ao princípio da isonomia, pois, como os recursos são limitados, através das decisões, que se pode dizer, com todo respeito, são em demasia irresponsáveis, aqueles que buscam a justiça primeiro tem suas demandas atendidas e, os que chegam depois, não encontram mais recursos, uma vez que, todo o orçamento do Estado foi esgotado em uma única demanda, transformando, assim, nas palavras de Victor Guimarães, a justiça em “uma espécie de bingo”<sup>89</sup>. Através dessa constatação, percebe-se que, paradoxalmente, aqueles que mais necessitam da atuação Estatal, pois são a parcela da sociedade mais marginalizada, aqui exposta no real sentido da palavra fazendo menção aos excluídos socialmente, são aqueles que menos possuem acesso ao Judiciário, seja pela deficiência institucional da Defensoria Pública, ou pela falta de informação, transformando assim a atuação Estatal em uma atuação não isonômica, criando uma

---

<sup>86</sup> GUIMARÃES, Victor Chaves Ribeiro França. **Dos obstáculos à tutela judicial dos direitos sociais**. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). **Direitos Sociais em Debates**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 275.

<sup>87</sup> Sistema Único de Saúde – SUS.

<sup>88</sup> Disponível em <<http://consultor-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/1026129/decisooes-que-obrigam-estado-a-dar-remedios-dividem-opinioes>>. Acesso em: 25 de julho de 2014.

<sup>89</sup> GUIMARÃES, Victor Chaves Ribeiro França. **Dos obstáculos à tutela judicial dos direitos sociais**. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). **Direitos sociais em debates**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 276

“distorção global na estrutura macroeconômica da sociedade”<sup>90</sup>, e isso feriu o próprio escopo dos direitos sociais que seria a busca pela igualdade material da e na sociedade. Tal indagação é sintetizada nas palavras de Daniel Sarmiento:

O que pretendo salientar é apenas que, em razão do princípio da isonomia, pessoas que estiverem na mesma situação devem receber o mesmo tratamento, razão pela qual não se pode exigir judicialmente do Estado que forneça algo a um indivíduo que não seja possível conceder a todos aqueles que estiverem nas mesmas condições<sup>91</sup>.

Tais indagações, tanto com relação à insegurança jurídica, como de afronta ao princípio da isonomia, se mostram salutares e somam o número de críticas da atuação ativista nas questões da seara política, mas, não são as únicas, há outras várias nesse tocante, como, por exemplo, a falta de conhecimento técnico dos juízes na solução das demandas, nesse sentido, o Executivo e Legislativo resolvem a temática incluindo em seus quadros funcionais assessores especializados em diversos assuntos, assim, corroborando para solução de questões complexas.

Visualiza-se a questão da seguinte forma, a carga de conhecimento dos magistrados é elevadíssima, ou ao menos, se espera que seja, mas esse conhecimento é técnico e aprofundado nas matérias jurídicas, que por si só, se mostram de grande complexidade, não possuindo, em regra, conhecimento técnico de questões macroeconômicas, políticas, sociais, médicas, etc. e, essa falta de conhecimento especializado em demais matérias se mostra como grande risco para solução das lides nessas searas através do ativismo judicial. Como exemplo do aqui falado, pode-se citar, acompanhando o exposto por Guimarães<sup>92</sup>, uma decisão judicial que, por desconhecimento, determina a

---

<sup>90</sup> GUIMARÃES, Victor Chaves Ribeiro França. Dos obstáculos à tutela judicial dos direitos sociais. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). **Direitos sociais em debates**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 276.

<sup>91</sup> SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 549.

<sup>92</sup> GUIMARÃES, Victor Chaves Ribeiro França. Dos obstáculos à tutela judicial dos direitos sociais. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). **Direitos sociais em debates**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 280.

compra de um remédio proibido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)<sup>93</sup>.

A questão da expertise dos magistrados, não é por si só um óbice intransponível, que impossibilitaria de forma absoluta a concretização dos direitos sociais por meio do Judiciário, nem se quer inviabiliza o controle judicial dos atos dos demais Poderes, isso porque, essa limitação é prova da necessidade de cautela por parte dos membros do Judiciário, evitando assim resultados indesejáveis. Dessa forma, defende-se a tese da necessidade de aprimoramento dos magistrados, através, por exemplo, de cursos de cunho obrigatório por meio de acompanhamento do Conselho Nacional de Justiça, que lhes dê maior domínio na resolução de demandas, não só, mas principalmente, ligadas aos direitos prestacionais, bem como, a inclusão de servidores de áreas variadas nos quadros funcionais, possibilitando, dessa forma, a resposta aos pedidos de maneira mais rápida e segura.

Com relação à segurança jurídica e possível afronta ao princípio da isonomia, uma das formas de resolver, ou ao menos, amenizar a questão, é a elaboração de critérios mais rígidos para a concessão de determinados requerimentos, assim, evitar-se-á a discricionariedade em demasia e se aumentará a previsibilidade das decisões. De certa forma, a variedade de decisões distintas, apontando para diversas direções, são em decorrência da chamada por Daniel Sarmento “inadequação da via processual”, uma vez que o processo foi pensado para solução, em regra, de lides bilaterais, de tal modo, quando se põem em debate judicial questões complexas que envolvem diversos interesses, a visão do magistrado é limitada dentro do processo. Nesse sentido:

O processo judicial foi pensado com foco nas questões bilaterais da justiça comutativa, em que os interesses em disputa são apenas aqueles das partes devidamente representadas. Contudo, a problemática subjacente aos direitos sociais envolve, sobretudo, questões de justiça distributiva, de natureza multilateral, já que, diante da escassez garantir prestações a alguns significa retirar recursos do bolo que serve aos demais. Boas decisões nesta área pressupõem a capacidade de formar uma visão adequada visando o do conjunto, o

---

<sup>93</sup> Decisão prolatada em 08 de setembro de 2004, proferida pelo, na época, Presidente do STJ Edson Vidigal, no julgamento da Suspensão de Segurança 1.408/SP (2004/0123187-5). GUIMARÃES, Victor Chaves Ribeiro França. Dos obstáculos à tutela judicial dos direitos sociais. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). **Direitos sociais em debates**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 280.

que é muito difícil de se obter no âmbito de um processo judicial. Este, com seus prazos e formalidades, está longe de ser o ambiente mais propício para a análise de políticas públicas, por não proporcionar pleno acesso a miríade de informações, dados e pontos de vista existentes sobre aspectos controversos. Na verdade, o processo judicial tende a gerar uma “visão de túnel”, em que muitos elementos importantes para uma decisão bem informada são eliminados do cenário, enquanto o foco se centra sobre outros – não necessariamente os mais relevantes<sup>94</sup>.

Assim, embora também sirva de alerta para os magistrados, não importa em óbice intransponível, mas sim, como elemento de cautela que pode ser contornado através da elaboração de critérios para concessão de direitos não positivados. Esses critérios devem ser elaborados e utilizados na solução de questões, por exemplo, ligadas ao fornecimento de medicamentos – uma vez que essa é uma das áreas mais tumultuadas pela atuação jurisdicional – do mesmo modo, Luís Roberto Barroso traz alguns critérios limitadores que devem ser ponderados, nesse sentido, com relação às ações coletivas deve-se, por exemplo, o judiciário optar pela determinação de inclusão, em lista, de medicamentos com eficácia comprovada, excluindo, dessa forma, os medicamentos experimentais e alternativos; necessita-se sempre optar por substâncias disponíveis no Brasil; optar, também, por medicamentos genéricos, ou seja, de custo mais baixo; deve-se analisar e levar em conta a necessidade do medicamento na manutenção da vida<sup>95</sup>. Esses são alguns exemplos de critérios que podem e, devem ser elaborados, seja através de lei, regulação interna, etc., para dar maior legitimidade para a atuação judicial na esfera ativista, principalmente quando se trata da efetivação dos direitos sociais.

George Marmelstein Lima, em trabalho específico a favor da máxima efetivação do direito à saúde, separou parte da empreitada para falar acerca dos limites que tal efetivação encontra. Interessante notar que liminarmente defende o autor o caráter principiológico dos direitos fundamentais, afastando assim a ideia inicial de regras fechadas, isso para permitir a limitação, pois, as regras quando colidem com outras se tornam de todo aplicáveis ou não

---

<sup>94</sup> SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 553.

<sup>95</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). **Direitos sociais em debates**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. pp.184 e ss.

aplicáveis, não podendo, em regra, haver essa flexibilização. Já os princípios permitem uma gama de situações em que se obterá resultados dos mais variados, como ressaltado anteriormente, sendo o neoconstitucionalismo um dos maiores fomentadores do uso dos princípios exatamente por essa possibilidade, de outra ótica, também é possível visualizar o caráter de flexibilidade das normas principiológicas, onde no caso concreto há uma ponderação de valores aplicando o máximo das normas em conflito<sup>96</sup>.

O primeiro critério limitador seria a proporcionalidade, também tido como princípio, que atuará nas colisões de direitos fundamentais, auxiliando na busca da solução mais proveitosa e menos abdicatória. A proporcionalidade segundo aponta o autor, seguindo as balizas da Corte Alemã, é composta por três dimensões que atuam como critérios que devem estar presentes nas medidas limitadoras, sendo a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Dessa forma, evitando digressões, percebe-se que a ideia básica desses critérios é explicada pela noção de que o meio escolhido tem que ser adequado para obtenção do fim almejado, bem como, o meio escolhido tem que ser o menos oneroso para obtenção desse fim e quando ponderado os interesses, deverá prevalecer o mais importante axiologicamente<sup>97</sup>.

O segundo critério limitador seria a reserva de consistência que é exatamente a necessidade de demonstração idônea por parte do Judiciário dos desacertos efetivados pelos demais Poderes para que haja possibilidade de interferência nas searas típicas desses. Tal limitação almeja evitar os conflitos desarmônicos entre os Poderes estatais, como também, democratizar as decisões judiciais, uma vez que, deverão ser devidamente motivadas, o que possibilita o controle por toda a sociedade<sup>98</sup>.

Interessante notar que pela necessidade de demonstração efetiva, e não apenas subjetiva, da escolha equivocada dos outros Poderes, haverá

---

<sup>96</sup> LIMA, George Marmelstein. **Efetivação do direito fundamental à saúde pelo poder judiciário**. 2003. 90 f. Dissertação (Curso de Especialização) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2003. p. 40.

<sup>97</sup> LIMA, George Marmelstein. **Efetivação do direito fundamental à saúde pelo poder judiciário**. 2003. 90 f. Dissertação (Curso de Especialização) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2003. p. 41.

<sup>98</sup> LIMA, George Marmelstein. **Efetivação do direito fundamental à saúde pelo poder judiciário**. 2003. 90 f. Dissertação (Curso de Especialização) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2003. p. 44.

necessidade de conhecimento técnico de outras searas científicas que extrapolam os conhecimentos dos operadores do direito, fazendo necessário a comunicação dos magistrados e tribunais com outros profissionais, coadunando assim com o já afirmado acerca da deficiência técnica do Judiciário em algumas matérias, sendo imperioso o complemento do quadro profissional com operadores de outras áreas.

Por derradeiro, traz George Marmelstein a chamada reserva de coerência, que surge em decorrência da anterior – reserva de consistência, sendo reconhecida como um princípio de hermenêutica segundo o qual “situações semelhantes requerem decisões semelhantes”. Tal critério limitador visa proteger a conhecida e almejada segurança jurídica, evitando o subjetivismo desmedido e conseqüentemente a descrença no Poder Judiciário<sup>99</sup>.

### **3.5 As funções do Judiciário e os limites de uma postura ativista legítima e benéfica**

De forma geral, Luís Roberto Barroso, tratando acerca do direito e política no Brasil, afirma - em consonância com Cass Sunstein e Adrian Vermeulle – que a limitação à atuação judiciária vem em decorrência da capacidade institucional e dos efeitos sistêmicos que podem surgir de maneira imprevisível e indesejável dessa atuação, principalmente quando a atuação incide em temas de cunho político<sup>100</sup>. Em relação à capacidade institucional, ou melhor, “falta de capacidade institucional”, já foi tratada no ponto acima, vindo em decorrência da falta de conhecimento técnico por parte do Judiciário. No tocante aos efeitos sistêmicos dessa atuação é interessante ressaltar que este decorre de todo o exposto até aqui, isso porque, a atuação judicial na seara de cunho político, em decorrência das diversas críticas que a atuação ativista sofre, em certa medida com razão, embora sirvam de alerta para a atuação dos magistrados e tribunais, não impedem a atuação desses, apenas mostram a

---

<sup>99</sup> LIMA, George Marmelstein. **Efetivação do direito fundamental à saúde pelo poder judiciário**. 2003. 90 f. Dissertação (Curso de Especialização) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2003. p. 48.

<sup>100</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política do Brasil contemporâneo. In: BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 374.

necessidade de desempenho responsável, limitado e marcado por características, como a parcimônia, nessa seara.

A questão ligada ao Judiciário intervir em questões políticas é complexa, principalmente frente ao quadro brasileiro, onde existe uma marcante inércia por parte dos Poderes com cunho político, ou como de comum, se tais Poderes tomam uma decisão em que os próprios cidadãos entendem como politicamente incorreta, nessa situação como deve agir o Judiciário? Deve omitir-se frente a incompetência ou adentrar no mérito político, se sim – seja para qual resposta dada – em que grau de intensidade deve ser tomada a decisão? Nesse sentido, Roberto Basilone Leite disserta acerca de duas teorias americanas, o substancialismo e o procedimentalismo<sup>101</sup>. Deste modo, antes de se adentrar na própria questão da limitação, tentar-se-á rapidamente e sem muito aprofundamento, entender os fundamentos de tais teorias.

A primeira, chamada como corrente substancialista, baseada, de certa forma, em Dworkin, tem forte aplicação no ordenamento brasileiro, se baseando na ideia de que a intervenção por parte do Judiciário nas questões políticas é essencialmente necessária para garantir os direitos da minoria, podendo assim, determinar os demais Poderes a agir de acordo com a Constituição, tornando as vias judiciais como meio de intervenção política para o povo, alargando as vias de participação desses no processo democrático. Dessa maneira, para Dworkin, a legitimidade para a Suprema Corte intervir na política democrática norte-americana é o fato dela não barganhar pelos interesses “inerentes às trocas políticas”, isso porque, é uma corte iminentemente fundada em princípios<sup>102</sup>.

Certo é que a corrente substancialista em uma primeira visão é aquela que se afasta do positivismo puro, de caráter ineficaz e conservador, assim, buscando evitar o formalismo irracional da lógica mecânica, almejando dar espaço para a atuação dos juízes, mas, é necessário ter em mente, como

---

<sup>101</sup> LEITE, Roberto Basilone. **O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político x ativismo judicial jurisdicional: 500 anos de autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no brasil contemporâneo**. São Paulo: LTr. 2014. p. 219 e ss.

<sup>102</sup> LEITE, Roberto Basilone. **O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político x ativismo judicial jurisdicional: 500 anos de autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no brasil contemporâneo**. São Paulo: LTr. 2014. p. 220.

afirmou Leite, que essa teoria foi relativizada no contexto brasileiro, onde se vive uma crise de representação política<sup>103</sup>.

De outro lado há a vertente procedimentalista, defendida, entre outros, por Garapon, Habermas, Sunstein, John Hart Ely e Roberto Basílone Leite, tal corrente vê o ativismo judicial como prática prejudicial para a democracia, uma vez que dificulta ainda mais a participação do cidadão, assim, o ativismo é uma prática que soma ao poder do Executivo, formando, nas palavras de Leite, “a muralha que impede o cidadão de exercer seu direito fundamental de participação”, não sendo, portanto, legítima essa transferência das vias de representação<sup>104</sup>. Nesse sentido que Garapon defende a autocontenção, não sendo essa a resposta necessária, mas sim, uma maior participação dos cidadãos: “Não é para o Estado-providência e para sua burocracia que nos devemos virar, mas para si mesmos, para os recursos próprios do grupo social”<sup>105</sup>.

Dessa forma, para os procedimentalistas, o processo democrático de cunho político é mais importante que o próprio conteúdo político. Nesse sentido que Leite citando outro autor procedimentalista afirma que “o processo de adotar políticas é um valor superior ao conteúdo das decisões sobre política”<sup>106</sup>, assim, o processo tem um escopo maior ao próprio conteúdo político. Portanto, a defesa por parte dos procedimentalistas é com relação aos riscos que a atuação judicial nesse espaço político representa, pois, não há como haver controle político das decisões dos próprios tribunais, dessa forma, o seu receio é para a chamada “metamorfose política”. Não obstante o fortalecimento da prática do passivismo, os procedimentalistas aceitam uma postura “agressiva” dos tribunais em algumas situações que a justifiquem, como em casos de violações ou obstruções a direitos individuais que não mostrem possibilidade de mudança pela via originária, como em casos em que

---

<sup>103</sup> LEITE, Roberto Basílone. **O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político x ativismo judicial jurisdicional: 500 anos de autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no Brasil contemporâneo**. São Paulo: LTr. 2014. p. 222.

<sup>104</sup> LEITE, Roberto Basílone. **O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político x ativismo judicial jurisdicional: 500 anos de autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no Brasil contemporâneo**. São Paulo: LTr. 2014. p. 224.

<sup>105</sup> GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget. 1996. p. 255.

<sup>106</sup> ELY, John Hart *apud* LEITE, Roberto Basílone. **O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político x ativismo judicial jurisdicional: 500 anos de autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no Brasil contemporâneo**. São Paulo: LTr. 2014. p. 224.

a liderança hegemônica impeça o direito de voto ou liberdade de expressão, bem como, também, com relação à violação e supressão da manifestação de vontade das minorias. Nessas hipóteses, as decisões tomadas pelos tribunais, embora influam em contextos políticos, não terão cunho político, mas sim, jurídico, uma vez que, buscam a garantia de direitos<sup>107</sup>.

Importou expressar aqui os posicionamentos da doutrina americana no sentido de demonstrar que o cuidado daqueles que se levantam contra o posicionamento ativista é no sentido dos perigos de danos que esse pode ocasionar pelo uso irresponsável, portanto, não se pode partir de um extremo ao outro, como é comum na evolução de institutos jurídicos, mas sim, adotar um ativismo judicial limitado quando se tratar de assuntos afeitos às questões políticas, como é o caso dos direitos sociais.

Deve-se, como antes feito no presente trabalho, levar em conta que não há como se defender uma dimensão de direitos fundamentais excluindo as demais, isso é cediço por toda a doutrina. Quando os procedimentalistas defendem que a postura “agressiva” por parte dos tribunais é aceitável apenas na proteção de direitos individuais, é como uma contradição, uma vez que, se não garantir-se, por exemplo, o básico necessário para a existência dos indivíduos, não haverá como se sustentar um discurso demagogo das eleições democráticas, uma vez que não se terá, nem de longe, igualdade, entre os eleitores – pela capacidade de acesso às informações – e também por parte dos candidatos. Isso, sem se falar no escopo maior que baliza os direitos sociais que é a proteção da “dignidade da pessoa humana” adotada e expressa como fundamento da própria República.

Certo é que, pelas limitações do Poder Judiciário nessa seara, melhor seria à ação idônea por parte dos que cuidam da administração e da atuação legiferante típica, mas, enquanto não se chega no ideal – que no atual momento se mostra utópico – deve-se ter um Judiciário, que assim como os demais Poderes, atua em prol dos direitos fundamentais, mas essa atuação para que tenha legitimidade deverá ser limitada e aprimorada, como afirma Barroso:

---

<sup>107</sup> LEITE, Roberto Basilone. **O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político x ativismo judicial jurisdicional: 500 anos de autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no brasil contemporâneo**. São Paulo: LTr. 2014. p. 229.

O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos. Na frase inspirada de Gilberto Amado, “querer ser mais do que se é ser menos”<sup>108</sup>.

Portanto, os limites são para o ativismo judicial como garantia de legitimação, se não se defender a limitação, melhor será defender a teoria da autocontenção, uma vez que, se o passivismo do Judiciário é prejudicial aos direitos fundamentais, uma hegemonia judicial sem limites põe em risco todo o ordenamento jurídico, político e social do Estado. Assim não é do intuito deste trabalho decifrar todas as linhas que compõem os limites da atuação judicial, mas é fácil visualizar, pelo exposto até aqui, alguns meios de atuação salutar por parte do Judiciário, por exemplo, frente ao direito à saúde expresso constitucionalmente, é necessário um aprimoramento institucional dos Tribunais para lidarem com as lides e a eventual sindicalização do direito aos medicamentos, devendo, dessa forma, aprimorar o quadro funcional com profissionais das mais diversas áreas de especialização, também, deve-se adotar parâmetros específicos para a concessão dos medicamentos, evitando assim o rombo orçamentário vivido em nossos dias.

Outros cuidados a serem tomados são com relação à necessidade de limitação na fundamentação das decisões, uma vez que, todas as decisões devem ser fundamentadas em regras e princípios previamente estipulados pelo povo, ou seja, através de seus representantes, evitando, desta forma, os problemas e críticas advindos da não democratização das decisões, bem como, o reconhecimento de suas limitações perante à macrojustiça, não para tolher toda a atuação judicial, mas para inserir a cautela no seio de suas decisões, deve-se buscar o aperfeiçoamento dos magistrados através de cursos específicos e obrigatórios e, sempre, buscar visualizar o ativismo judicial como necessário, conforme for diminuindo sua necessidade, deve o Judiciário

---

<sup>108</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). **Direitos sociais em debates**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p.184 e ss.

<sup>108</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). **Direitos sociais em debates**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 161.

diminuir sua intensidade de relativização das funções, sempre almejando o melhor para o povo, através dos fundamentos, princípios e demais disposições expressas pelos mesmos em sua Carta Maior, sempre tendo em mente o expresso por Daniel Sarmento “a ditadura de toga pode não ser muito melhor do que a ditadura de farda [...]”<sup>109</sup>, dessa forma, deve-se almejar e trabalhar em prol da concretização constitucional, evitando-se os extremos.

---

<sup>109</sup> SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010. p. 263.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como bem demonstrado, embora esteja nos principais círculos que discutem o direito constitucional, o ativismo judicial não é um fenômeno que nasceu na atual sociedade, mas, possui berço há mais de duzentos anos atrás, também não é fruto específico da realidade brasileira, mas sim, uma ocorrência corriqueira em diversos países, estando presente em países mais bem estruturados do que o Brasil, como é o caso dos Estados Unidos, Canadá, etc., mas, também, se faz presente em países mais populosos, com uma estrutura política mais fragilizada, como é o caso da Índia, entre outros.

Chegou-se a essa conclusão e se despertou o interesse em questionar de onde vem à atuação judicial progressista, bem como, os fatores de sua existência. Conforme se acompanha no capítulo I e no decorrer do capítulo III, percebe-se que a postura ativista dos tribunais não é imposta de forma absoluta, uma vez que estes, da mesma forma que os magistrados monocráticos, possuem um certo espaço para escolha de atuação, dessa forma, entende-se que por mais que, por exemplo, o contexto social, as normas, o desenho governamental, etc., venham favorecer e dar espaço a uma atuação do judiciário mais “agressiva”, não passam, assim como defendido pela professora Sadek e exposto no decorrer do trabalho, de meras virtualidades, uma vez que não determinam absolutamente o ativismo ao Judiciário. Portanto, chega-se a conclusão, como exposto no conceito do ativismo judicial, de que esse é uma escolha dos membros do Judiciário, onde, decidem ir além de suas funções clássicas e históricas.

Independente da questão substantiva do ativismo judicial, este é, como já afirmado, uma realidade no Brasil e, juntamente com esse fato, soma-se outro, gritante na atual realidade, que é o da desigualdade social. Os direitos sociais possuem um papel importantíssimo para a sociedade, sendo, inclusive, um dos fundamentos do atual Estado, este não existe mais apenas para garantir as liberdades no sentido individual, mas deve corroborar para construção de uma sociedade justa e equânime no aspecto material. Nesse sentido que existem os direitos sociais, para “garantir” uma existência digna para os indivíduos em todos os sentidos e áreas. Utilizou-se das aspas, pois,

embora a Constituição Federal brasileira seja considerada uma das mais bem elaboradas do mundo, contemplando um ideal social inspirador, essa concretização dos anseios constitucionais ocorre de forma lenta e por vezes, em algumas áreas, não ocorre.

Não obstante todo o exposto é defendido no correr do trabalho uma atuação conjunta de todo o Estado na busca pela concretização dos ideais constitucionais e, nessa atuação, também há espaço para o Poder Judiciário. Certo é que o Executivo e Legislativo possuem um papel primário nessa seara, mas, caso não atuem, a sociedade não ficará aos desmandos dos mesmos, possuindo – o Judiciário – uma grande arma através do ativismo judicial, uma vez que, poderá atuar diretamente nos problemas agravados pela inércia dos demais Poderes.

Como bem afirmado, embora o ativismo judicial se apresente como remédio para tratar um mal enfrentado nos dias atuais, deve-se ter cuidado, pois, usado de forma irresponsável pode agravar as mazelas sociais, fazendo a sociedade morrer da própria solução.

Necessário em um primeiro momento é que os magistrados e tribunais reconheçam suas limitações na seara política, onde se travam a maioria das problemáticas ligadas aos direitos sociais, reconhecendo as limitações de sua própria instituição, não para adotar uma postura passiva, mas para realizar suas funções através de uma atitude legítima e benéfica, adotando assim um papel subsidiário nessas matérias.

Destarte, sempre é bom recordar que o que o ilimitado ou descontrolado uso do poder é, depois de tudo, a natureza da tirania. O poder não pode ser concentrado somente nas mãos de um determinado grupo, sendo, portanto o que buscou demonstrar no presente trabalho.

## REFERÊNCIAS

### LIVROS:

AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2012.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

BOCHENEK, Antônio César. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros.** Brasília: CJF. 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política.** 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7 ed. Portugal, Coimbra: Edições Almedina. 2003.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008.

FARENA, Duciran Van Marsen. **A Saúde na Constituição Federal, p. 14. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, n. 4, 1997.**

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha apud RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva. 2010.

GARAPON, Antoine. O guardador de promessas: justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget. 1996.

GUIMARÃES, Victor Chaves Ribeiro França. **Dos obstáculos à tutela judicial dos direitos sociais.** In: TOLEDO, Cláudia (Org.). **Direitos Sociais em Debates.** Rio de Janeiro: Elsevier. 2013.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

LEAL, Rogério Gesta. **O estado-juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

LEITE, Roberto Basilone. **O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político x ativismo judicial jurisdicional: 500 anos de autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no brasil contemporâneo**. São Paulo: LTr. 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, George Marmelstein. **Efetivação do direito fundamental à saúde pelo poder judiciário**. 2003. 90 f. Dissertação (Curso de Especialização) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2003.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Julio Fischer. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

MONTESQUIEU *apud* BOCHENEK, Antônio César. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJF, 2013.

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

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (orgs.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SAVINY *apud* BOCHENEK, Antônio César. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: CJF, 2013.

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

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013.

WOLF, Christopher *apud* TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013.

#### **REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS:**

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDE, Soraya Gasparetto. **Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade**. Disponível em <<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ativismo%20soltas.pdf>>. Acessado em 03/09/2015.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de Oliveira. **Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>>. Acessado em 04 de julho de 2014.

KMIEC *apud* DIMOULIS, Dimitri; LUNARDE, Soraya Gasparetto. **Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade**. Disponível em <[http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ativismo %20soltas.pdf](http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ativismo%20soltas.pdf)>. Acessado em 03/09/2015.

#### **REFERÊNCIAS LEGAIS:**

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.