

UEMS – UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL
UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE PARANAÍBA
CURSO DE DIREITO

JOCELI SANTOS QUEIROZ NETO

**A LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NA CONCRETIZAÇÃO DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

PARANAÍBA

2017

UEMS – UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL
UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE PARANAÍBA
CURSO DE DIREITO

JOCELI SANTOS QUEIROZ NETO

**A LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NA CONCRETIZAÇÃO DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – Unidade de Paranaíba, como exigência parcial para bacharelado do curso de direito no período matutino, sob a orientação da prof^a Dr^a Claudia Karina Ladeia Batista

PARANAÍBA

2017

Q451 Queiroz Neto, Joceli Santos

A legitimidade do ativismo judicial na concretização de direitos fundamentais sociais/ Joceli Santos Queiroz Neto. - - Paranaíba, MS: UEMS, 2017.

42f.; 30 cm.

Orientadora: Profa. Dra. Claudia Karina Ladeia Batista.

Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

1. Direitos fundamentais sociais. 2. Ativismo judicial. I. Queiroz Neto, Joceli Santos. II. Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade de Paranaíba, Curso de Direito. III. Título.

CDD – 344

Bibliotecária Responsável: Susy dos Santos Pereira- CRB1º/1783

JOCELI SANTOS QUEIROZ NETO

**A LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NA CONCRETIZAÇÃO DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

BANCA EXAMINADORA:

Profª Drª Claudia Karina Ladeia Batista
Orientadora

Profª Me. Marília Rulli Stefanini
Membro

Profª. Me. Roberta Alessandra Pantoni
Membro

Aos meus pais Joseli e Rita de Cassia e à minha madrinha Jacilene. Sem vocês nada disso teria sido possível.

AGRADECIMENTOS

Um Trabalho de Conclusão de Curso não fala somente sobre a pesquisa desenvolvida. Ele é também um símbolo, um rito de conclusão, de passagem pelo ensino superior e tudo o que este representa na vida do acadêmico. Chegar até o final dessa trajetória não constitui tarefa simples, exigindo diversas abdições e esforços. Esse caminho percorrido não teria sido possível sem o auxílio sempre presente de algumas pessoas.

Gostaria de agradecer primeiramente à toda a minha família, sem a qual eu nada seria. E especialmente aos meus pais, Joseli Silva Queiroz e Rita de Cassia Pereira Santos. Mãe, minha vida, obrigado por todas as renúncias feitas para que eu pudesse ter acesso a uma educação digna. Pelo incentivo, pelo apoio, pelo cuidado e pelo amor incondicional. Nada na minha vida se compara com amor que lhe tenho. Pai, obrigado pelo sacrifício constante e pelo trabalho árduo para que eu pudesse ter a oportunidade de estudar fora de casa. Por sempre acreditar e confiar em mim, mesmo quando me parecia difícil. Minha madrinha, tia e amiga, Jacilene da Silva Queiroz Lima, obrigado por estar sempre presente, solícita e prestativa. Por diversas vezes, não teria encontrado refúgio ou auxílio em outros braços. Meu irmão Paulo Henrique Santos Queiroz: meu orgulho, minha alegria, pedaço de mim. Obrigado por estar sempre comigo mesmo quando longe e ainda que eu não saiba. Meus avós paternos, Jocelí Alves Queiroz e Maria Alzira da Silva Queiroz, que sempre fizeram o possível ao alcance deles para que me tornasse uma pessoa uma pessoa melhor. Obrigado, pelo zelo, pelo cuidado, pela proteção, pelo carinho que já existia antes mesmo que eu nascesse.

Não poderia deixar de agradecer à minha estimada orientadora, Dr^a Claudia Karina Ladeia Batista, por ter aceitado o desafio de orientar esse trabalho e principalmente pela paciência e gentileza, que lhe acompanham sempre. Agradeço também as demais componentes da banca, professora Me. Roberta Alessandra Pantoni e professora Me. Marília Rulli Stefanini. A escolha dessa banca, que para mim é motivo de orgulho, foi baseada na competência das três para julgar o trabalho, além enorme admiração profissional e pessoal que nutro por elas desde o primeiro contato. O talento, o esforço, a desenvoltura, o discurso e a personalidade de vocês sempre foi inspiração para mim. Obrigado pela confiança, pelo incentivo, por estarem comigo durante a trajetória desse curso e também nesse momento especial de conclusão.

Também não poderia deixar de agradecer aqui as professoras Rilker Dutra de Oliveira, Silvia Leiko Nomizo e Elisabeth Maria de Mendonça Silva. Ver o amor e a entrega de vocês pelo que fazem, na dedicação, na responsabilidade, no compromisso com o próximo, é

realmente inspirador e a experiência de passar pelo curso de Direito não teria sido a mesma se vocês não tivessem feito parte disso. Obrigado pela gentileza, pela doçura e por terem compartilhado comigo momentos de convivência tão agradáveis. Quando escuto a palavra “advogado”, é em vocês que penso. De todo meu coração, obrigado, principalmente, por terem me despertado o amor pela advocacia.

José Tosta e Maria Tosta, que me acolheram como um filho por cinco anos em sua casa, com tanto amor, dedicação e carinho. Nunca poderei pagar toda a dedicação que tiveram comigo, e levarei a gentileza que aprendi com vocês para sempre.

Também agradeço a todos os amigos que fiz no decorrer deste curso. Não teria chegado aqui se não tivessem me feito sentir em casa, me apoiando em todos os momentos. Em especial, gostaria de agradecer à Larissa Borges, Lucelia Guimarães, Fernando Massao Franzin Nishi, Joannine Sthefane Souza Silva e Letícia Moraes.

Larissa, minha amiga, companheira, irmã. Nos momentos de alegria e de tristeza, no estudo e na festa, no riso e no choro. Você traz luz para minha vida e estarei sempre contigo. Lucelia, em cada aula de inglês, em cada receita, em cada café, em cada riso, guardo uma memória cheia de carinho. Fernando, depois de tanto tempo morando juntos, compartilhamos tanto da vida um do outro que não tenho outra palavra para você que não seja “irmão”. Joannine, parceira desde os primeiros dias que pisei em Paranaíba, para todas as situações. Obrigado por me incentivar a melhorar sempre. Você para mim é inspiração e orgulho. Letícia, a nossa conexão sempre foi forte. Cada conversa, cada riso, cada hora em que passamos juntos foi para mim valiosa. Obrigado pelo por acreditar em mim sempre. A todos esses amigos especiais: nada paga ou apaga o que construímos juntos.

Agradeço também aos amigos Djalma Querino de Carvalho, Jucimar Lopes, Simone Ponce, Renato Barbosa, Tairê Franzin, Ane Caroline Vieira e Laura Queiroz e por todos os momentos agradáveis compartilhados nesse caminho. José Queiroz, Wilma Leite e Wilmara Leite. Obrigado por terem acompanhado essa trajetória e por fazerem meus dias mais felizes através do nosso Sindicato. Agradeço também a Weslem Martins, sem o qual o auxílio profissional no momento de maior necessidade, não teria chegado aqui.

EPÍGRAFE

“We are the poem's ancient band of twelve that proceeds through the ages. There were twelve of us, when we ruled the world on the cloud-covered top of Olympus, and twelve when we lived as birds in Ygdrasil's green crown. Wherever poetry went forth, there we followed. Did we not sit, twelve men strong, at King Arthur's round table, and did twelve paladins not go in Charles the Twelfth's great army? One of us has been Thor, another Jupiter, as any man should be able to see in us yet today. The divine splendor can be sensed under the rags, the lion's mane under the donkey hide. Time has treated us badly, but when we are there, the smithy becomes Mount Olympus and the cavalier's wing a Valhalla.”

— Selma Lagerlöf, GöstaBerling's Saga

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a investigar a legitimidade da atuação judicial ativista na concretização de direitos fundamentais sociais, os quais estão consagrados e garantidos pela Constituição da República de 1988. A falha ou até mesmo a falta de políticas públicas com foco na implementação desses direitos de natureza prestacional, podem causar demandas populares que culminam na judicialização dessa classe de direitos. No entanto, o ativismo judicial pode implicar em indevida interferência na competência de outras funções do poder, ofendendo a harmonia entre eles. Nesse contexto, tem-se por objetivo o estudo da legitimidade da atuação judicial ativista e sua interferência na determinação do desenvolvimento de políticas públicas ou ações para a concretização de prestação dos direitos fundamentais sociais pelo poder executivo. Empregando-se o método dedutivo aliado à pesquisa bibliográfica buscou definir os conceitos de direitos fundamentais sociais e ativismo judicial, bem como discutiu a legitimidade democrática acerca dessa ferramenta, sua aplicabilidade no contexto da legislação brasileira, analisando a questão à luz do princípio da separação de poderes. Partindo da conjugação desses conceitos, foram identificados benefícios, riscos e críticas relativas ao ativismo judicial, proporcionando um debate sobre sua função na efetivação dos direitos fundamentais sociais. Chegou-se a conclusão de que o ativismo judicial é atitude intrínseca ao sistema constitucional e ao estado democrático de direito, e além disso, por ser necessário, deve ser conduzido com cautela pelas instituições democráticas e pelos magistrados.

Palavras-chave: direitos fundamentais sociais; políticas públicas; ativismo judicial; legitimidade democrática; separação de poderes.

ABSTRACT

The present work proposes to investigate the legitimacy of the activist judicial action in the realization of fundamental social rights, which are enshrined and guaranteed by the Constitution of the Republic of 1988. The failure or even the lack of public policies focused on the implementation of these rights of a state provider nature can cause popular demands that culminate in the judicialization of this class of rights. However, judicial activism may entail undue interference in the competence of other functions of power, offending the harmony between them. In this context, the objective is to study the legitimacy of the activist judicial action and its interference in determining the development of public policies or actions for the realization of the provision of fundamental social rights by the executive power. Using the deductive method associated with bibliographical research, it sought to define the concepts of fundamental social rights and judicial activism, as well as discussed the democratic legitimacy about this tool, its applicability in the context of Brazilian legislation, analyzing the issue in light of the principle of separation of powers. From the combination of these concepts, benefits, risks and criticisms related to judicial activism were identified, providing a debate about their role in the realization of fundamental social rights. The conclusion was reached that judicial activism is an intrinsic attitude to the constitutional system and to the democratic state of law, and furthermore, because it is necessary, it must be conducted with caution by democratic institutions and magistrates.

Keywords: social fundamental rights; public policy; judicial activism; democratic legitimacy; separation of powers.

A LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 10 |
| Capítulo 1 – Direitos fundamentais..... | 12 |
| 1.1 Conteúdo..... | 12 |
| 1.2 Evolução histórica..... | 12 |
| 1.3 Gerações..... | 14 |
| 1.4 Previsão normativa..... | 15 |
| 1.5 Concretizando direitos fundamentais sociais | 17 |
| 1.5.1 Políticas Públicas..... | 17 |
| 1.5.2 Inércia/ineficiência do Poder Público..... | 18 |
| | |
| Capítulo 2. Ativismo Judicial..... | 20 |
| 2.1 Conceito e origem..... | 20 |
| 2.2 Críticas ao ativismo Judicial..... | 22 |
| 2.2.1 Afronta à separação de poderes?..... | 24 |
| 2.2.2 Mínimo existencial x reserva do possível..... | 26 |
| 2.2.3 Da escolha legislativa à “escolha do juiz” | 29 |
| | |
| Capítulo 3. A Legitimidade do Ativismo Judicial | 32 |
| 3.1 (In) segurança jurídica?..... | 32 |
| 3.2 (I) legitimidade democrática?..... | 33 |
| 3.3 O ativismo judicial e a aplicação dos direitos fundamentais sociais | 35 |
| | |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 37 |
| REFEFÊNCIAS..... | 39 |

1. INTRODUÇÃO

Embora constituições anteriores já os previssem, os direitos fundamentais sociais ganharam mais força no Brasil com o advento da Constituição da República de 1988. Direitos dessa natureza, como educação, saúde, segurança, entre outros abordados principalmente no art. 6.º da Carta Magna, possuem natureza prestacional, o que faz com que a concretização desses direitos exija da Administração Pública a adoção de medidas constantes e contínuas.

A Constituição que ganhou a alcunha de “Constituição Cidadã”, enquanto dispositivo garantidor dos direitos fundamentais sociais, parece por vezes, contrastada com o cenário de um país marcado pela falta de acesso a bens e serviços considerados básicos para a subsistência, não alcançar os objetivos aos quais se propõe, quantitativa ou qualitativamente.

No contexto da notável insuficiência do Estado brasileiro de gerir seus recursos de forma que os direitos sociais estabelecidos no texto constitucional sejam garantidos universalmente, surgem diversas teorias. A configuração da situação tem levado juristas em diversos casos, a agir proativamente, por vezes suprindo a lacuna deixada pela falta de uma legislação complementar através de uma interpretação principiológica da norma (o que pode esbarrar na função do legislativo), ou, por vezes, ordenando que determinado recurso seja utilizado na satisfação de um determinado direito social (o que pode esbarrar na função do executivo). Em ambas as situações, é notável uma característica marcante nessa postura frente à discrepância entre o direito protegido pela Carta Magna e a realidade social do país: o que se chama de ativismo judicial está ligado a um certo grau de influência ou interferência do Poder Judiciário nos Poderes Legislativo ou Executivo.

O fenômeno do ativismo judicial pode ser apresentado como uma ferramenta importante na concretização de direitos fundamentais sociais. No entanto, a interferência de uma função do poder em outra é algo que nem sempre acontece de forma que favoreça o funcionamento saudável das instituições.

Diante desse embate entre as funções do poder quando se trata da concretização de direitos prestacionais, este trabalho pretende discutir a responsabilidade do Poder Judiciário, investigando que legitimidade tem o ativismo judicial no contexto jurídico do Brasil, considerando sua relação com os conceitos de democracia, de constitucionalismo. A investigação sobre a questão da legitimidade do ativismo judicial, estende-se ainda sobre as teorias da reserva do possível, do mínimo existencial e o conceito de políticas públicas.

Espera-se, dessa forma, que a conjugação desses conceitos elucidie o entendimento sobre o papel do ativismo judicial na concretização dos direitos fundamentais sociais.

Capítulo 1 – Direitos fundamentais

1.1 - Conteúdo

A terminologia “Direitos Fundamentais” é a mais aceita dentre várias outras, para designar um conjunto de direitos básicos que o cidadão pode exigir do Estado e de particulares. A definição se aproxima muito do conceito de Direitos Humanos. No entanto, o que a doutrina majoritária entende, é que o termo Direitos Fundamentais se aplica a quando tais direitos básicos são considerados dentro da legislação nacional de determinados país. Já o termo Direitos Humanos se aplica no contexto de direitos inerentes a qualquer humano, ou seja, abarca um âmbito internacional. A Constituição da República de 1988, consoante com a doutrina, se utilizou desses dois termos no seu texto. Sobre o uso da expressão “direitos fundamentais” na Constituição da República, Uadi Lâmega Bulos (2009, p. 106) afirma que:

Ao se utilizar a locução direitos fundamentais do homem, quer-se aduzir, com o seu emprego, o complexo das prerrogativas e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência digna, livre e igualitária de qualquer indivíduo, independentemente de credo, raça, origem ou cor. Os direitos são fundamentais, porque sem eles os seres humanos não têm a base normativa para ver realizadas, no plano concreto, suas aspirações e desejos viáveis de tutela constitucional. Ademais, são fundamentais, porque sem eles a pessoa humana não se realiza, não convive, e, em alguns casos, nem sobrevive. Como ficariam a igualdade, a legalidade, a liberdade, o respeito à dignidade, a tutela do patrimônio sem a constitucionalização, em bases legislativas sólidas, desses direitos impostergáveis da pessoa humana?

Bulos enceta também características inerentes aos direitos fundamentais. De acordo com o autor, são direitos que além de fundamentais são inatos, absolutos, invioláveis, intransferíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis.

1.2 – Evolução histórica

Urbano Carvelli e Sandra Scholl no artigo “Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais – Da antiguidade até as primeiras importantes declarações nacionais de direitos” fazem uma análise descritiva do desenvolvimento do que chamamos de direitos fundamentais.

Na antiguidade greco-romana, Carvelli e Scholl apontam a não existência de direitos fundamentais válidos para todos. Somente poderiam desfrutar de isonomia (igualdade perante ao direito), isogoria (igualdade perante liberdade de palavra) e isotimia (igualdade perante o respeito) os cidadãos da Pólis. (2011, p. 169).

Assim, tanto a Constituição grega quanto a romana desconheciam totalmente direitos fundamentais que determinassem os limites da força estatal e protegessem o indivíduo da intervenção do Estado. Por conseguinte, faltou aos pensamentos greco-romanos tanto uma vinculação universal quanto uma ressonância política (2011, p. 170)

Vale lembrar que o uso do termo “constituição” no caso de Roma e da Grécia antiga pelo autor é apenas ilustrativo, visto que nessa época ainda não haviam constituições de fato, sistematizadas e organizadas como as conhecemos atualmente.

Na Idade Média, com a ascensão do pensamento cristão, a ideia de um homem à imagem e semelhança de Deus foi importante para a construção do ideal de igualdade entre os homens, ainda que em um plano teórico. Foi no ano de 1215, com a Magna Charta Libertatum que a ideia de limitar o poder do Estado através do direito positivo começou a ganhar forma.

Com relação ao desenvolvimento dos direitos fundamentais na Idade Moderna, Carvelli e Scholl apontam as imposições de garantias dos direitos feitas pelo parlamento inglês. Nesse contexto foram marcos importantes a Petition of Right (1626), os Agreements of the People (1647-1649), o Habeas-Corpus-Act (1679), a Declaration of Rights (1688) e a Bill of Rights de (1689). (2011, p 172).

Apesar da importância dessas declarações, Carvelli e Scholl apontam o protagonismo da *Virginia Bill of Rights*. O Estado, está suposto a desenvolver-se para o indivíduo, nos contornos da necessidade dos mesmos e não o contrário.

O verdadeiro triunfo dos direitos fundamentais ocorre apenas no final do século XVIII com a proclamação da *Virginia Bill of Rights*. E pela primeira vez na história, os direitos fundamentais do indivíduo assentados na *Virginia Bill of Rights* não estavam à disposição dos representantes do povo, caracterizando assim direitos supra estatais, os quais não poderiam ser abolidos, suprimidos, extinguidos ou alienados. Esse acontecimento

referencial na história da humanidade representa o marco inicial na consolidação dos direitos inatos pertencentes a todo e qualquer indivíduo numa constituição. Assim, a constitucionalização dos direitos fundamentais do indivíduo na *Virginia Bill of Rights* deve ser classificada como uma conquista excelsa de enorme valor histórico-constitucional. (2011, p. 186)

Outro documento fundamental no estabelecimento dos direitos fundamentais é a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (1789). A declaração estabelece uma série ampla de direitos fundamentais. E apesar de não ter força normativa, foi diretriz para a composição de várias constituições.

Na Europa, a vitória dos direitos fundamentais prosseguiu com a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*. Tal declaração também traz consigo a noção de direitos inatos, supra estatais e inalienáveis. Porém, não teve no seu âmago a intenção de ser uma constituição concreta. O objetivo primordial da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* era cristalizar os princípios com os quais uma constituição ainda deveria ser concretizada. Contudo, a referida concretização das premissas abstratas da *Déclaration* nunca aconteceu, o que faz com que esse documento tenha uma história excepcional. No entanto, a importância histórica mundial da *Déclaration de Droits de l'Homme et du Citoyen* e a sua influência no continente europeu não devem permanecer irrefletidas. (2011, p. 186)

Percebe-se então que o desenvolvimento dos direitos fundamentais ocorreu de forma gradual e que os avanços relatados ocorreram primeiramente de uma evolução filosófica, para no futuro alcançarem impactos na organização do Estado e na legislação. Na atualidade, as constituições do mundo ocidental estão permeadas pelos valores dos direitos fundamentais e a Constituição da República do Brasil é exemplo disso.

1.3 – Dimensões

a) Direitos fundamentais de primeira dimensão

Os direitos fundamentais de primeira dimensão, de acordo com o que expõe Uadi Lâmega Bulos (2009, p.103), emergiram no final do século XVII em forma do que chamamos de “Liberdades Públicas”. Tais liberdades consistem em limitações do poder do Estado,

gerando um dever de não-fazer com finalidade de preservar, ainda de acordo com Bulos, “a preservação do direito à vida, à liberdade de locomoção, à expressão, à religião, à associação, etc.”

b) Direitos fundamentais de segunda dimensão

A segunda dimensão veio após a Primeira Guerra Mundial, como aponta Bulos. Abarca em seu bojo, direitos sociais, econômicos, culturais. Traçando um paralelo com os direitos de primeira dimensão, percebe-se que ao contrário destes, os direitos fundamentais de segunda dimensão estão baseados em prestações positivas: o Estado deve dar suporte ao bem-estar e igualdade social.

c) Direitos fundamentais de terceira dimensão

Já a terceira dimensão de direitos fundamentais, segundo Bulos, compreende direitos de solidariedade ou fraternidade. Nessa categoria, podemos listar direitos como a preservação ao meio ambiente, a vida saudável e pacífica, e avanço da tecnologia. Dessa forma, de acordo com Celso de Melo, citado na obra de BULOS, temos que os direitos de terceira geração “materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente todas as formações sociais (...)”.

d) Direitos fundamentais de quarta dimensão

Nesta classificação, enquadram-se, ainda segundo BULOS, os “direitos sociais das minorias, os direitos econômicos, os coletivos, os difusos e os individuais homogêneos”. Os direitos ligados a essa dimensão são direitos ligados a ideia de pluralismo e democracia.

1.4 – Previsão normativa

A Constituição da República de 1988 dispõe em seu conteúdo, um conjunto amplo de direitos fundamentais e representa um marco, ainda que simbolicamente ou legalmente, no avanço contra as desigualdades sociais no país. Ana Carolina Lopes Olsen (2010, p. 17) explica que a positivação desses direitos na Constituição foi responsável:

(...) por traçar um delineamento estatal voltado para a realização de valores sociais, de modo que o Estado deixou de ser o agente policial da liberdade humana, o protetor das manifestações individuais, para se tornar o fomentador da igualdade, o distribuidor de bens e escalar a árida pirâmide da estrutura social (neo)capitalista. A Constituição de 1988 determinou ao Estado que ‘descruzasse os braços’ e atuasse concretamente na realidade social, fomentando, provendo, garantindo.

Quanto à disposição dos direitos fundamentais no texto da Constituição da República, BULOS (2009, p. 106) localiza:

Os direitos e garantias fundamentais prescritos na Constituição de 1988 abrangem: os direitos individuais e coletivos (art. 5º), os direitos sociais (arts. 6º e 193 e s.), os direitos à nacionalidade (art.12) e os direitos políticos (arts. 14 a 17).

Para OLSEN (2010, p. 33) são elencados como direitos fundamentais na Constituição da República de 1988 os apontados no Título II, os Direitos e Garantias Fundamentais, além dos que estão pressupostos ao art. 60, §4º, IV, “que estabelecem cláusulas pétreas não sujeitas à deliberação de reforma constitucional.”

Com relação a possível dúvida sobre os direitos previstos no Título VIII (Ordem Social) estarem ou não no rol de Direitos Fundamentais, Olsen explica que:

Uma interpretação sistemática do texto constitucional poderia lançar luzes sobre a questão. De fato, ao enumerar como direitos sociais o direito à educação, à saúde, à moradia, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, e à assistência aos

desamparados, o art. 6º determinou que a proteção destes direitos se daria “na forma desta Constituição”. Significa que – em que pese a falta de sistematização – o constituinte remeteu o intérprete precisamente ao Título VIII, que trata da ordem social, onde seus diversos dispositivos explicitam a forma como se dará a efetivação dos direitos sociais previstos no art. 6º. Precisamente neste Título encontra-se sediada a maior parte dos direitos fundamentais fora do catálogo constitucional, como o direito à educação fundamental (art. 208, I, § 1º, CF) e à saúde (art. 196, CF), autênticos direitos fundamentais sociais.”

OLSEN também nota (2010, p. 35), citando Ingo Sarlet, que ainda que relevante, o critério formal não é suficiente para uma “identificação completa” dos direitos fundamentais. Isso porque a Constituição de 1988 carrega em seu conteúdo direitos fundamentais além dos enumerados no título II, “sejam direitos dispersos no texto constitucional (...) sejam direitos decorrentes dos princípios e do regime constitucional, seja ainda direitos oriundos de tratados internacionais.”

1.5 – Concretizando direitos fundamentais sociais

Os direitos sociais, possuem também mais duas nomenclaturas pertinentes: “direitos à prestações” e “direitos de igualdade” (OLSEN, 2010, p. 32). Positivados no texto da Constituição no intuito de promover igualdade social, tais direitos, justamente por sua natureza prestacional, estão completamente vinculados com atividades desenvolvidas pelo poder executivo (prestações positivas). Demanda-se então o desenvolvimento de políticas públicas por parte do governo, para a efetivação desses direitos.

1.5.1 - Políticas Públicas

Celina Souza (2006, p. 24 e 26) embasada em grandes expoentes desse campo de estudo tais como Mead (1995), Lynn (1980) e Peters (1986) define política pública como campo de estudo que intenciona “colocar o governo em ação” e ao mesmo tempo, quando for necessário, “propor mudanças no rumo ou curso dessas ações”. A política pública então manifesta-se através de uma “soma das atividades dos governos”, influenciando o

desenvolvimento social da população. A política pública é dessa forma, elaboração estratégica, atitude e instrumento com finalidade a alcançar determinado fim.

Daniel Silva Passos (2014, p. 57) aponta a necessidade de um instrumento vetorial orientador da atividade administrativa afim de cumprir com os princípios programáticos estabelecidos constitucionalmente:

Mais que isto: um instrumento que sirva de orientação também para a sociedade, influenciando a participação desta na concretização dos preceitos constitucionais. Surge, nesse contexto, o instituto das políticas públicas, responsável por agrupar aquelas técnicas não mais como medidas interventivas, mas como “(...) diretriz geral, tanto para a ação de indivíduos e organizações, como do próprio Estado”. São hoje o principal mecanismo de ação estatal com vistas à realização dos programas constitucionais. Assumem particular importância (...) por apresentarem acentuada consonância axiológica com os preceitos constitucionalmente estabelecidos. A racionalidade governamental passa a assumir, de forma mais concreta, aqueles valores veiculados pelos direitos fundamentais, norteando a atividade administrativa para a concretização dos fins constitucionais. Em outras palavras, “(...) toda política pública, como programa de ação, implica, portanto, uma meta a ser alcançada.”

Fica evidente dessa maneira, a importância do conceito de política pública na construção de um debate sobre a implementação ou efetivação de direitos fundamentais sociais, dada a natureza das intervenções necessárias.

1.5.2 - Inércia/ineficiência do Poder Público

Notando a discrepância entre a o texto constitucional e a realidade da efetivação e da eficácia dos direitos fundamentais sociais por meio das prestações do poder público, Bulos (2010, p. 423) assevera que:

O Estado, ao instituir os serviços públicos, com o intuito de tornar operativas as disposições definidoras de direitos sociais, oferece, apenas, uma garantia de índole institucional. Mas isto não é o suficiente. Só através de uma profunda mudança na mentalidade para a eficácia social de tais dispositivos

se realizar. Urge que os nossos legisladores saiam do período da programaticidade e ingressem na fase da efetividade dos comandos constitucionais positivados. Nada adiantam promessas, programas de ação futura, normas de eficácia contida ou limitada, se os Poderes Públicos não as cumprirem plenamente, criando, para tanto, as condições necessárias. Resta, pois, que todos os segmentos da sociedade, sem distinções cobrem a execução concreta dos preceitos constitucionais (...)

Percebe-se no posicionamento de Bulos, que os preceitos e fundamentos da Constituição não se constituem suficientes para que haja efetivação dos direitos fundamentais sociais. No entanto, há necessidade que todos os segmentos da sociedade cobrem a efetividade desses preceitos constitucionais, é então quando o poder judiciário entra no debate e pode colidir com os interesses (ou possibilidades) do poder executivo.

O judiciário representa então, a última fronteira na implementação dos direitos prestacionais que não se encontram suficientemente atendidos. O ativismo judicial se revela então como fruto desse contexto.

Em meio a dificuldade ou a ineficiência na aplicação dos direitos fundamentais sociais garantidos na Constituição da República, a necessidade do poder decisório do judiciário intervindo torna-se presente. O judiciário se assenta então como a última fronteira na busca pela efetivação desses direitos.

Capítulo 2. Ativismo Judicial

2.1 Conceito e origem

O uso do termo ativismo judicial é relativamente recente no âmbito jurídico e surgiu nos Estados Unidos. Segundo Andrei Koerner, (2013) o uso do termo pela primeira vez foi atribuído a Arthur Schlesinger, em 1947, em um artigo na revista Fortune. Koerner aponta ainda que (2013) Keenan Kmiec, em seu artigo “Origin and current meanings of 'judicial activism'” revelou que “o número de ocorrências do termo na produção acadêmica e em decisões judiciais nos Estados Unidos passou de poucas unidades nas décadas de 1950 e 1960 à ordem de centenas nas décadas seguintes”. Sobre o crescente uso do termo ativismo judicial e a incorporação dele no plano jurídico brasileiro, Koerner (2013) acrescenta:

O caráter polêmico do termo "ativismo judicial" não impediu seu uso. Pelo contrário, ele é crescentemente usado desde sua emergência nos Estados Unidos após a Segunda Guerra Mundial. Ele foi incorporado ao debate brasileiro após 1988, inicialmente como parte da problemática da judicialização da política e mais recentemente nas discussões jurídicas sobre o Supremo Tribunal Federal (STF). Em ambos os países, é usado em sentido crítico ou elogioso, a partir de diversos marcos intelectuais e posições políticas.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos em sua obra, fala inclusive da onipresença do termo no contexto jurídico americano, destacando a importância do papel dos Estados Unidos nos debates acerca do ativismo judicial (2014, p. 41). Campos, assevera ainda a importância da compreensão do contexto judicial americano para o entendimento do desenvolvimento do fenômeno no Brasil (2014, p. 42).

O contexto de surgimento do termo e dos debates acerca dele segundo CAMPOS (2014, p. 343), nos Estados Unidos, foi caracterizado por embates políticos entre conservadores e liberais. Segundo o autor, os atores políticos desse processo valeram-se da “variável ideológica dos juízes para avançar na Suprema Corte com suas agendas por meio dos mecanismos institucionais de nomeação”. Em 1942, à época da publicação do

artigo de Schlesinger, a Suprema Corte americana estava marcada por um equilíbrio relativo entre o ativismo judicial e a autorrestrição judicial. Sobre o posicionamento de Schlesinger nesse embate, afirma CAMPOS (2014, p. 342):

Segundo a formulação de Schlesinger, decidir sobre o ativismo ou autorrestrição judicial é decidir sobre o espaço decisório da Suprema Corte no sistema político dos Estados Unidos. Para ele, como regra geral, a escolha deve ser pela autorrestrição judicial, justificando o ativismo judicial caso fossem ameaçadas as liberdades que garantem a própria participação política dos indivíduos. Schlesinger não negou o ativismo judicial em absoluto, apenas não o aceitou como rotina institucional da democracia norte-americana.

Por se tratar de um fenômeno que tem braços diversos e pode variar bastante em sua natureza, não é tarefa fácil definir o ativismo judicial. Para CAMPOS (2014, p. 36) uma definição mais precisa do termo tem de partir da multidimensionalidade inerente ao fenômeno. Também expõe que há uma pluralidade de fatores aos quais o ativismo judicial tenta responder e assim, é influenciado (2014, p.42). Assim, o autor define o termo ativismo judicial da seguinte forma (2014, p.348):

(...) defino o ativismo judicial como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: **(a)** deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; **(b)** responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; **(c)** *se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.*

Ao utilizar a expressão “práticas decisórias”, o autor se refere ao fato de que o ativismo judicial não pode ser reduzido a “critérios singulares de identificação”, dada a natureza multidimensional do ativismo judicial.

Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, no artigo publicado em 2009, “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática” o conceito de ativismo judicial pode ser compreendido da seguinte forma:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a

aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

De uma forma mais concisa, outra possível definição para o termo ativismo judicial, por Maria de Fátima Domingues (2013) delimita o termo da seguinte forma:

Em termos conceituais é possível afirmar que o Ativismo Judicial se caracteriza pelas decisões judiciais que impõem obrigações ao administrador, sem, contudo, haver previsão legal expressa. Este fenômeno, por assim dizer, decorre da nova hermenêutica constitucional na interpretação dos princípios e das cláusulas abertas, o que tem despertado pesadas críticas ao Poder Judiciário, notadamente, ao Supremo Tribunal Federal.

Em suma, o que se nota nas concepções sobre o ativismo judicial é que o fenômeno se manifesta na prática, através de uma postura que com força jurídica, atua envolvida no processo político e conjugada com situações em que há conflito social ou ingerência do Estado para que seja solucionado.

2.2 Críticas ao ativismo judicial

O ativismo judicial é polêmico porque se relaciona direta e intimamente com questões que abarcam poder político, institucional, governamental e colocam em questionamento as atividades e atribuições do poder distribuídas pelo Estado, assim como também coloca em debate a própria insuficiência dele em garantir os direitos fundamentais que por muitas vezes são negligenciados. A consequência disso na doutrina jurídica é a divisão de opiniões bem divergentes com relação ao tema. No entanto, CAMPOS (2014, p. 149) indica que o ativismo judicial é extensamente mais criticado do que aplaudido justamente pela crença de que as funções do poder e conseqüentemente os

sistemas democráticos estariam comprometidos por conta da interferência do judiciário. Expõe CAMPOS em sua obra o seguinte (2014, p. 149):

Na verdade, o ativismo judicial, como visto nos capítulos anteriores, é mais criticado do que elogiado. Para a maioria dos que se debruçam sobre o tema, os juízes ativistas são sempre uma ameaça aos valores democráticos e à separação de poderes, de modo que o termo acaba servindo como “substituto para excesso judicial”. Para outros, porém, os juízes e as cortes devem agir de modo mais assertivo em nome dos direitos da liberdade e igualdade e diante da inércia ou do abuso de poder por parte de outros atores políticos e instituições. O discurso é então variável, embora, realmente, predomine aquele “carregado de uma conotação muito negativa”. CassSunstein diz que é mais frequente o uso normativo do ativismo judicial como “insulto”. Decisão ativista seria, na opinião majoritária, sinônimo de decisão arbitrária; juízes ativistas, os “caras maus”.

(...). Conquanto muitas das críticas ao ativismo judicial mereçam ser levadas a sério, a verdade é que a maior parte é elaborada sem a definição prévia do termo. Como advertiu William Wayne Justice, “todo esse ataque verbal na maior parte das vezes se faz na ausência de uma identificação adequada de seu próprio alvo”. O ativismo judicial é criticado, mas raramente são fixados critérios adequados para a identificação e avaliação. Não há realmente consenso sobre o que é ativismo judicial e ele acaba significando coisas distintas para pessoas distintas. É possível haver tantas concepções de ativismo judicial para pessoas distintas. É possível haver tantas concepções de ativismo judicial quanto autores sobre o tema. Diante desta falta de rigor na definição, parece até que “quanto mais o termo se torna comum, mais obscuro fica seu significado”. Por outro lado, o ativismo judicial tem reais e importantes implicações políticas e sociais, de modo que precisa ser conhecido abstratamente e identificado concretamente. O fim da indeterminação conceitual representa então uma necessidade teórica e prática e uma etapa imprescindível para o cumprimento da tarefa central deste estudo – categorizar o ativismo judicial do Supremo. (CAMPOS, 2014. P. 149, 150 e 151)

Percebe-se através da observação do autor que a falta de clareza nas diferentes acepções ou interpretações que o termo ativismo judicial pode tomar proporciona, para as críticas relacionadas a ele, desprovemento do fundamento necessário.

Em sua tese de doutorado, BATISTA (2015, p.128) afirma que o comportamento contrário ao ativismo judicial, a autocontenção judicial, na verdade não condiz com as necessidades implantadas pela Estado Democrático de Direito. Segundo a autora:

(...), a despeito das críticas feitas ao ativismo judicial, a autocontenção judicial, representada pela importância reduzida dada pelo juiz aos princípios e fins constitucionais, não é compatível com um Estado Democrático de

Direito comprometido com a concretização dos direitos fundamentais sociais.

Entende-se então que as críticas relacionadas ao ativismo judicial, ainda quando pertinentes, não são suficientes para coibi-lo visto que se trata de um fenômeno atrelado as condições legais impostas pela Constituição combinada com a situação política e social em que se encontra o Estado brasileiro.

2.2.1 Afronta à separação de poderes?

A crítica mais presente e mais firme contra a postura ativista dos juízes é justamente relacionada à afronta que essa faz, em tese, à tripartição de funções. GOMES e SOUZA, com base na obra de Nuno Piçarra, lembram que o sistema de freios e contrapesos, que nasceu com o livro de Montesquieu, O Espírito das Leis está de acordo com a teoria da constituição mista: a balança dos poderes e o sistema de freios e contrapesos (2015, p.28). O controle mútuo desses poderes seria necessário para uma harmonia em um Estado, afim de evitar abusos e a tirania dos governantes.

A dita harmonia entre os poderes é uma conquista das democracias contemporâneas. Por isso, a possibilidade de um desequilíbrio nessa balança, representa alvo de tantas críticas. RAMOS explica que Estados adotam o ideal de funções do poder em separação harmônica, adotam em sua maioria, sistemas constitucionais, o que proporciona condições propícias para o surgimento do ativismo judicial. O caso contrário, de contenção judicial, ou de “tentativa de imposição de limites à criatividade da jurisprudência não condiz com um Estado Democrático de Direito, onde é inafastável a autonomia do judiciário. Nas palavras de RAMOS (2015, p. 123):

Se não se pode afirmar que o ativismo judicial esteja necessariamente associado a Estados cujas Constituições adotam como dogma a independência e harmonia entre os Poderes, não é menos verdadeiro que a identificação do fenômeno, em geral, provenha desses sistemas constitucionais. Com efeito, nos Estados democráticos a subversão dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, com o esmaecimento de

sua feição executória, implica a deterioração do exercício da função jurisdicional, cuja autonomia é inafastável sob a vigência de um Estado de Direito, afetando-se, inexoravelmente, as demais funções estatais, máxime a legiferante, o que, por seu turno, configura gravíssima agressão ao princípio da separação dos Poderes.

Dessa forma se nota que o ativismo judicial está presente em um contexto de judiciário autônomo, constitucionalista, que se enquadra em um Estado de Direito, estando estes conceitos em constante relação um com o outro e os atritos entre a as funções do poder acabam sendo então intrínsecos à essas condições relatadas.

O que se nota também é que nesse processo, segundo CAMPOS, (2014, p. 247), o processo de expansão pode ocorrer quando há discussão onde, segundo as palavras do autor: “as decisões ativistas, normalmente, versam sobre os casos de mais elevada temperatura moral ou política, ou envolvem as normas constitucionais de mais alta indeterminação semântica e de elevada carga axiológica.” Segundo o CAMPOS, 2014, p. 246, 247) temos a seguinte observação:

Com a expansão de poder sobre os demais atores relevantes e no âmbito de solução das grandes questões morais e políticas, as cortes tornam-se, inevitavelmente, personagens centrais dos sistemas de governo e suas decisões interferem sobre os mais importantes processos políticos desses sistemas, de modo que não há como enxergá-las de outra forma, senão como autênticos atores políticos, ainda que com singularidades e fundamentos diversos em relação ao Legislativo e ao Executivo.

É notável então, que é da natureza do processo político que envolve o ativismo judicial, mudanças no quadro de influência, interferência na relação com os outros poderes. Assim, o funcionamento institucional do Estado não se dá só através de legislação, ou regulamentos internos: lida-se nesse contexto com componentes políticos, humanos e por isso, mutáveis.

2.2.2 Mínimo existencial x reserva do possível

Um dos pontos mais controversos com relação à concretização de direitos fundamentais é a teoria da reserva do possível. Através dela, se tem o entendimento de que o poder executivo, enquanto Estado não pode ser obrigado a cumprir com direitos prestacionais que não couberem no orçamento. As verbas devem ser administradas da melhor forma, pelo executivo, de acordo com o que for conveniente à Administração Pública.

A reserva do possível, enquanto condição que determina a verificação, pelo aplicador do direito, da existência de condições materiais para sua realização, pode ser considerada como um elemento externo à norma de direito fundamental. No caso dos direitos fundamentais sociais, isso significaria que o princípio determinaria posições jurídicas *prima facie* as mais amplas possíveis, as quais eventualmente poderiam ser restringidas em face da limitação dos recursos disponíveis para torna-las posições jurídicas definitivas, prontamente exigíveis.

(...) verifica-se que a reserva do possível é exterior ao direito, que não determina seu conteúdo, não influencia na sua existência jurídica (no sentido de vigência), mas pode, eventualmente, comprometer a sua eficácia. Nestas condições, afirmar que um direito pode ser exigível na medida da disponibilidade de meios materiais necessários à sua realização significa estabelecer, num primeiro momento, o amplo alcance da norma de direito fundamental, e num segundo, a possibilidade de restrição com base em elementos da realidade empírica. A escassez de recursos poderia impedir a exigibilidade de um direito fundamental social, mas, para tanto, o Judiciário, perante o qual esta exigibilidade foi reclamada, terá ao seu alcance o mecanismo da ponderação, a partir da proporcionalidade, a fim de averiguar que escassez de recursos é esta, se é contornável ou não, se as razões que determinaram a escolha alocativa de recursos em prejuízo deste direito são efetivamente adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito. (OLSEN, 2010, p. 193 e 195)

Em contrapartida, há também a teoria do mínimo existencial. De acordo com essa teoria, o Estado não tem a obrigação de gastar toda sua receita com prestação de serviços sociais, mas deve garantir dentro desses serviços, pelo menos, o mínimo para que um ser humano tenha uma existência digna. Para BITENCOURT NETO (2010, p. 98) afirmar que existem direitos essenciais à dignidade e à subsistência, tão importante que sem o mínimo, não é possível a sobrevivência, é afirmar que há sim aplicabilidade imediata do instituto e que não cabe alegar reserva do possível, visto que a dignidade humana é

juridicamente e moralmente mais relevantes que a receita do Estado. De acordo com BITENCOURT NETO (2010, p. 98), temos que:

Os direitos fundamentais, em especial os direitos sociais diretamente ligados à garantia de meios mínimos de subsistência, são parâmetros vinculantes da definição do conteúdo do direito ao mínimo existencial. Reconhecer este direito significa deixar claro que determinadas dimensões de direitos a prestações têm aplicabilidade direta e, em regra, não se condicionam pela reserva do caixa financeiro do Estado, quando esteja em risco uma existência humana digna, ou o respeito pela dignidade inerente à vida humana. BITENCOURT NETO, 2010, p. 98

O autor BITENCOURT NETO ensina que o Estado brasileiro através da constituição, se consagra enquanto estado social, garantidor. No entanto, a legislação por vezes carece de uma obrigação direta que proporcione aos mais necessitados, acesso a serviços ou programas que lhes ofereçam “meios mínimos de existência digna”. Segundo as palavras do autor (2010, p. 77), temos que:

A existência de direitos sociais diretamente estatuídos na Constituição reforça o caráter social do Estado. Se, por exemplo, se pode imputar ao Estado alemão o dever de assegurar prestações materiais aos necessitados a partir de um princípio geral de socialidade, no caso de Portugal e do Brasil a tal dever se soma a obrigação de construção de uma sociedade de bem-estar, a partir de parâmetros pré-definidos, sob a forma de direitos fundamentais sociais. A existência de direitos fundamentais expressos retira do campo de escolha política das maiorias uma opção por um Estado responsável pela superação da miséria, mas sem obrigações diretas para com a permanente busca da extensão de benefícios sociais também aos que possuam meios mínimos de existência digna.

Em outras palavras, a consagração constitucional expressa de direitos sociais impõe ao Estado um dever de bem-estar, na medida em que tais direitos, dotados de fundamentalidade, são direitos universais. Quando se fala em um direito fundamental à saúde, ao ensino, à cultura, ao lazer, à segurança, ao desporto, entre outros, não se faz referência apenas a uma dimensão de combate à miséria – que decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana e não necessita de consagração constitucional sob a forma de direitos sociais, como direitos fundamentais, impõe ao Estado o dever de construir o bem-estar por meio da universalização da fruição do amplo espectro de prestações que, a partir de tais direitos, podem ser adequadamente fundamentadas.

Recorda OLSEN que a não há na Carta Magna de 1988 qualquer expressão ou obrigação relativa ao direito ao mínimo existencial. No entanto, a autora discorre sobre as formas como o conceito de mínimo existencial pode ser extraído da mesma constituição através de uma interpretação principiológica, como por exemplo, consequência do princípio de dignidade da pessoa humana. Nas palavras de OLSEN (2010, p. 106 e 107) aprendemos o seguinte:

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 também não proclama, de forma expressa, o direito ao mínimo existencial. Não obstante, o seu preâmbulo anuncia que o Estado democrático então instituído se destina a assegurar, como valores supremos, o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça; o artigo 1º, inciso III, consagra a dignidade da pessoa humana; o caput do artigo 170 estabelece que a ordem econômica tem por fim assegurar existência digna a todos; e a erradicação da pobreza, segundo o inciso III do artigo 3º, é um dos objetivos fundamentais da República. Isso sem contar o extenso rol de direitos sociais específicos e a previsão de diversos casos de imunidade tributária. Ainda que assim não o fosse, a doutrina mais abalizada vem enfatizando que o mínimo existencial decorre, também, da proteção à vida e se apresenta como exigência da dignidade da pessoa humana, implicando, consoante o conceito de dignidade anteriormente citado, um complexo de direitos fundamentais que garanta a todos as condições existenciais mínimas para uma vida saudável e que lhes propicie a participação ativa no destino da própria existência e da vida em sociedade. (OLSEN, 2010, p. 106 e 107)

Ana Carolina Lopes Olsen (2010, p. 110) faz um paralelo entre as noções de Ricardo Lobo Torres e Ana Paula de Barcellos sobre a ideia de mínimo existencial. Para o primeiro, a ideia de direitos a prestações sociais não pode estar desvinculada da noção de mínimo existencial, já para segunda a noção de mínimo existencial se apresenta como “critério de precisão e exigibilidade dos direitos fundamentais sociais”. Dessa forma, Barcellos propõe que quando violada a condição de mínimo existencial, a obrigação estatal poderá “ser cobrada via propositura de ação perante o judiciário.”

Uma das maiores controvérsias em relação à teoria da reserva do possível é o fato de que não tem fundamento legal algum dentro da Constituição da República de 1988. Há entendimento de correntes doutrinárias e jurisprudências favoráveis à teoria, inclusive decisões do próprio Supremo Tribunal Federal.

2.3.3 Da escolha legislativa à “escolha do juiz”

Os magistrados devem alcançar a realização das normas constitucionais e com elas, a efetivação dos direitos sociais. No entanto, quando a postura ativista é presente na interpretação legal e nas decisões proferidas, coloca-se em questão a prevalência da vontade da lei em contraste com a vontade do magistrado. Ana Carolina Olsen, em seu livro “Direitos Fundamentais Sociais – Efetividade Frente à Reserva do Possível”, ao debater o papel do juiz na interpretação e concretização dos direitos fundamentais, aponta que no modelo substancialista, segundo o qual parte do pressuposto da necessidade constitucional da efetivação dos direitos fundamentais, “outorga ao Judiciário a responsabilidade – compartilhada com os demais poderes públicos” (2010, p. 277). De acordo com a ideia, há necessidade de engajamento dos poderes, na concretização de direitos, o que vem de encontro com a ideia de ativismo judicial. Sobre a entrada, ou a avanço da interpretação do juiz no sentido da lei, OLSEN (2010, p. 277) afirma:

Em sua obra *Juízes Legisladores?*, o autor (Mauro Capelletti) investiga a atuação criativa desenvolvida pelos juízes quando da aplicação do Direito, bem como do “agigantamento” desta atividade nas últimas décadas do século XX. Segundo Capelletti, a criação do Direito pelos juízes mostra-se inevitável, na medida em que toda interpretação tem uma dose intrínseca de criatividade, a qual, entretanto, não se equipara à arbitrariedade, na medida em que sempre vem acompanhada de limites processuais e substanciais. Ainda assim, reconhece que a atividade criativa do juiz não difere, no aspecto substancial, da atividade legislativa.

Este entendimento, denominado corrente “não interpretativista”, afirma que “é legítima a invocação de outros valores substantivos, como justiça, igualdade e liberdade, e não apenas ou preferencialmente o valor democracia, para atribuir à magistratura uma competência interpretativa em sentido forte”. Nestas condições, em virtude da abertura dos princípios jurídicos que informa os textos legislativos, e, em especial, o texto constitucional, devem os juízes lhes conferir a necessária concretização. (OLSEN 2010, p. 277)

A atribuição da aplicação não só da letra da lei, mas também dos princípios adotados pela Constituição, faz com que a discricionariedade do juiz se eleve de tal forma criativa, que não só como diz a autora “não difere no aspecto substancial, da atividade legislativa”, como também pode ser necessário na concretização de direitos fundamentais sociais, considerando sua natureza e o amplo rol que abarcam.

Considerando o dito anteriormente, e de encontro com isso, CAMPOS (2014, p. 166) destaca que o ativismo judicial não só compartilha do aspecto criativo do poder legislativo, mas se apresenta como uma atividade “quase legislativa.” Explica o autor, que as ações e decisões atividade do juiz imprimem à lei, “novos significados e sentidos”, o que privilegia a importância dos princípios constitucionais nesse processo. A atividade judicial ativista, de acordo com suas observações, não só é paralela ao poder legislativo, mas também acaba, portanto, adaptando-o a necessidade prática da aplicação do direito, no caso concreto. De acordo com o autor (2014, p.166):

O ativismo judicial é também utilizado no sentido de que cortes, notadamente as cortes constitucionais e supremas, assumem competências legiferantes reservadas, a priori, pela constituição, aos outros poderes, em especial ao Legislativo. Sob esta perspectiva, o ativismo judicial não seria um comportamento judicial, mas atividade quase legislativa. Alguns acusam a prática de juízes “legislate from the bench”, ou seja, criarem o direito em vez de aplicá-lo. O juiz ativista preencheria lacunas, omissões legislativas, corregeria as leis, inovando, dando-lhes novos sentidos ou adicionando-lhes novos significados, de modo a conformá-las melhor os princípios e valores constitucionais. A atividade judicial ativista seria complementar, corretiva, ou mesmo substitutiva da atividade legislativa.

Hodiernamente, no âmbito das modernas técnicas de decisão de inconstitucionalidade – interpretação conforme a constituição, declaração de nulidade parcial sem redução do texto, sentenças aditivas – essa discussão tem envolvido as fronteiras entre o juiz constitucional como legislador negativo e como autêntico legislador positivo, segundo as propostas kelsenianas da primeira metade do século XX. As sentenças manipulativas, notadamente as sentenças aditivas, em especial as desenvolvidas pela Corte Constitucional da Itália, são exemplos conhecidos desta dimensão de ativismo judicial e, por meio das quais, as cortes promovem verdadeiras alterações legislativas. O Supremo tem, mais recentemente, avançado no papel de legislador positivo e de criação judicial do direito (...).

As afirmações de CAMPOS (2014, p. 166) aqui destacadas, levam ao entendimento de que na prática, as referidas cortes supremas para garantir as necessidades decretadas em suas respectivas constituições, tem atuado diretamente no papel que seria do legislativo, por meio do ativismo judicial, revelando que a postura ativista, em sua natureza política e jurídica, é também um movimento que tem evoluído na cultura jurídica ocidental. Nota-se também que a inércia ou insuficiência do poder legislativo já não pode comprometer que se garanta os direitos fundamentais. O ativismo judicial é justamente, uma ferramenta que afronta esses tradicionais gargalos do sistema de divisão de poderes. Entende-se então, o papel “legislador”

do juiz ativista como compatível com a necessidade de uma resposta do judiciário perante os princípios constitucionais.

Capítulo 3. A legitimidade do ativismo judicial

3.1 - (In)segurança jurídica?

O ativismo judicial, como atitude garantidora de direitos pode representar segurança para a concretização de direitos já constitucionalizados mais ainda não efetivados. No entanto, questiona-se também uma possível insegurança que tal atitude pode representar para o contexto da democracia, e mesmo quando falamos de segurança jurídica. A atitude proativa do Poder Judiciário, poderia levar possivelmente a embates com os outros poderes. O autor Alexandre de Paula, 2008 em seu artigo “Elementos para a segurança jurídica no ativismo judicial processual”, faz as seguintes declarações sobre a questão de uma possível insegurança jurídica causada pelo ativismo no meio jurídico:

Diante destas atividades judiciais, é notório que o magistrado de hoje tem funções árduas, a missão de sopesar técnica, legalidade com justiça e valores apresentam-se como um fardo destinado a poucos vocacionados. Exige-se que o magistrado atue com maior vigor na sociedade contemporânea, em pleno desenvolvimento social, econômico e cultural, mas que seu ativismo não se transforme em arbitrariedades. E como se pode destacar, nos elementos pontuais acima apresentados, a limitação e as possibilidades do ativismo judicial já se encontram alicerçados no próprio ordenamento, através das balizas procedimentais impostas pela Constituição, que ao mesmo passo que informam a possibilidade de expandir em novos horizontes na decisão, também apontam os limites à livre atuação do julgador, na preservação dos direitos e garantias mínimas do jurisdicionado no curso do processo

Ao discutir sobre a questão da limitação do ativismo judicial, o autor responde aos questionamentos sobre o embate insegurança jurídica e ativismo: “a limitação e as possibilidades já se encontram alicerçados no próprio ordenamento, através da Constituição”. Entende-se então, que segundo essa visão, o ativismo judicial está amparado pela lei, o que torna pouco provável a concepção de que o instituto amparado pela Constituição possa ser tomado como fonte de insegurança jurídica.

3.2 - (I)legitimidade democrática?

Após entender os conceitos de ativismo judicial e debater sobre a influência de tal postura no modelo de organização de funções de poder do Estado brasileiro, é chegado o momento de analisar a questão da legitimidade de um ativismo judicial. Assevera CAMPOS (2014, p.158), que o termo ativismo não pode ser necessariamente atrelado com ilegitimidade. Em sequência, o autor observa a forma recorrente (e pejorativa) como os termos ativismo judicial e ilegitimidade tem sido usados associadamente. A ideia de ilegitimidade viria justamente do fato de que os magistrados estariam a tomar competência de outras instituições de poder público, chefiadas por pessoas que, diferentemente deles, foram legitimadas pelo voto. Nas palavras de CAMPOS (2014, p. 158) temos que:

Além de nada dizer sobre a correção das decisões no mérito, o ativismo judicial nada diz sobre a legitimidade a priori das decisões judiciais. A conclusão de que uma decisão judicial é ativista não significa adiantar o resultado da avaliação de sua ilegitimidade. Ativismo judicial não é sinônimo de ilegitimidade, e essa correlação simplesmente não pode ser feita de modo apriorístico e em nível puramente conceitual. Pensar de modo diverso daria razão àqueles que afirmam a absoluta inutilidade do termo: bastaria então substituí-lo por ilegitimidade.

A doutrina, em relacionar ativismo judicial e legitimidade, costuma fazê-lo em três níveis distintos: (i) absolutamente separados; (ii) absolutamente coincidentes; (iii) contingentes. Como a utilização mais comum do termo ativismo é em sentido pejorativo, tem-se a concepção mais difundida como a que equipara ativismo judicial com ilegitimidade. Muitos chamam de ilegítimas as decisões ativistas porque elas seriam usurpadoras dos poderes políticos dos órgãos legitimados pelo sufrágio popular, ou fundadas exclusivamente nas preferências políticas ou morais do próprio julgador, dentre outros motivos. Prevalecendo a noção negativa, a ilegitimidade seria uma enfermidade congênita das decisões judiciais ativistas, e o ativismo judicial seria espécie do gênero arbítrio judicial.

Percebemos então nessa observação, que a tal conotação negativa recebida pelo ativismo judicial contaminaria as decisões congenitamente, sendo então sob esse ponto de vista, ilegítimas por natureza.

Já o ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, faz observação com relação a necessidade de exceção: há necessidade de uma postura ativista “para preservar a democracia e os direitos fundamentais.” Caso tal exceção vire regra, não há legitimidade visto que “os mais protagonistas da vida política devem ser os que têm votos”. Explica o BARROSO, 2009, sobre o tema:

Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.

Na efetivação dos direitos fundamentais sociais, há também aqueles que entendam a existência de certa necessidade que o judiciário possua de se sobrepor aos outros dois. Desenvolve-se a concepção de que o que legitima o ativismo judicial é justamente a proteção dos direitos fundamentais guardados na Constituição da República de 1988. Sobre isso, Airton Ribeiro da Silva e Fabrício Pinto Weiblen (2007, p. 52), dissertam que:

Uma vez não efetivados os direitos fundamentais consagrados na Carta Política pelos poderes ditos legitimados, quais sejam, Poderes Executivo e Legislativo, cabe ao Judiciário intervir, a fim de concretizar os ditames insculpidos na Constituição Federal, através de prestações positivas. Assim, ao dispor sobre as prestações estatais, o Judiciário apenas determina a realização prática da norma constitucional, não permitindo que esta se torne mera diretriz abstrata e inaplicável, ato para o qual é competente, uma vez que, no Estado de Direito, o estado soberano deve submeter-se à própria justiça que institui. Noutras palavras, não é papel do Judiciário criar novas medidas referentes a direitos sociais, o que consistiria em violação ao princípio da Separação dos Poderes, mas sim trazer uma real efetividade às políticas públicas já existentes, de modo a não permitir que um apego excessivo a formalidades acabe por obstar a concretização das metas principais do Estado Democrático de Direito.

Vê-se então que a concepção de legitimidade para o ativismo judicial depende para os autores acima, de uma prioridade: colocar em ação as políticas públicas concernentes aos

direitos fundamentais. Partimos então de uma concepção formal da palavra legitimidade para uma concepção prática: a violação ao princípio de separação dos poderes não é mais importante do que a satisfação dos direitos garantidos no texto constitucional.

Luís Roberto Barroso conclui seu artigo “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática” declarando a necessidade de ponderação na postura ativista, e destaca ainda que o problema da falta de uma reforma política é:

(...) o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.

Dessa forma, fica clara a importância no posicionamento do autor, tanto da necessidade de articulação do judiciário para garantir a norma constitucional, como para respeitar os espaços de atuação do poder legislativo.

3.3 –O ativismo judicial e a aplicação dos direitos fundamentais sociais

Percebe-se a partir do já previamente desenvolvido que os direitos fundamentais sociais têm como via de realização decisões judiciais embasadas em uma postura ativista. CAMPOS, enumera em sua obra diversas dimensões do ativismo judicial, sendo uma delas por ele denominada “Ativismo judicial e políticas públicas sociais.” Aqui, CAMPOS explica que o confronto não é só entre a lei e o ativismo, mas o judiciário definindo políticas públicas, usurpando outros poderes (2014, p. 170, 171).

A definição dessas políticas públicas vem justamente da capacidade interpretativa dos magistrados aliada a forma ampla com que tais direitos são abarcados na Constituição da República. Considera-se ainda que os direitos fundamentais sociais, tem natureza prestacional e que a execução, a concretização dessas políticas públicas seria encargo do Poder Executivo, que por vezes, não cumpre com seu dever. No entanto, o poder judiciário, quando provocado, deve responder, e enquanto parte do Estado, definir a obrigação e a condução dessas políticas públicas para que os direitos fundamentais sociais sejam alcançados.

Baseado na obra de RONALD DWORKIN, ANDREASSA JR explica que não fosse essa postura ativa de um poder judiciário garantidor, possivelmente, estaríamos lidando com um judiciário que, em nome do equilíbrio dos poderes ou de uma suposta legitimidade, se apresentaria de forma ineficaz. Segundo as palavras do autor:

RONALD DWORKIN, outro grande filósofo contemporâneo, indica que o ativismo, quando utilizado para concretização dos direitos fundamentais ou para a manutenção da integridade do direito (moral, costumes, etc.), não deve ser levado como algo prejudicial ao ordenamento, mormente porque melhor um Judiciário garantidor a um Judiciário passivo que já demonstrou ser ineficaz em décadas anteriores nos mais diversos países.

Entendendo que o ativismo judicial é em si, interpretação e aplicação da Carta Magna, NASCIMENTO ensina que o instituto favorece a propagação de preceitos democráticos, a partir do momento em que todas as pessoas podem interpor ação judicial com base em direito fundamental. (2010, p. 04)

Desta forma, pode-se perceber que a interpretação constitucional à luz da sociedade aberta dos intérpretes da constituição é um instrumento de propagação da democracia. E mais, interpretar a constituição é um modo de aplicá-la.

A partir daí surge o ativismo judicial. Se interpretar a constituição é aplicá-la, não há como negar a concretude de tal fenômeno. Há que verificar que qualquer pessoa comum do povo realiza o processo de interpretação e o controle de políticas públicas. Qualquer indivíduo que interponha uma ação no judiciário com pedido baseado numa norma constitucional realiza a interpretação (ocorre o que se chama da teoria da sociedade aberta aos intérpretes da constituição) e ao mesmo tempo requer uma atitude proativa do judiciário na solução dos problemas, visto que há a omissão e descaso tanto do Poder Legislativo como do Executivo.

É notável então que na intenção de manutenção da cidadania, nesse sentido, não se pode restringir a interpretação da constituição ou o controle de políticas públicas a um só agente, órgão ou poder. A construção dos direitos fundamentais sociais e a sua proteção não serão diminuídas por conta do ativismo judicial, a função do Estado garantidor é na verdade, fazer com que os direitos estabelecidos sejam efetivados para todos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fica evidente no decorrer das observações feitas no trabalho, que o ativismo judicial é um fenômeno que por vezes necessário, também pode provocar certo desequilíbrio nos fundamentos do Estado na medida em que põe as funções do poder em disputa por competência. Coadunando com Arthur Schlesinger Jr, o ativismo judicial é necessário, mas não pode ser visto como regra, sob pena de entrar em atrito com as outras funções do poder.

Os magistrados têm suas funções e competência delimitadas pela Constituição da República. As limitações para o ativismo judicial, enquanto postura, são teóricas e doutrinárias e estão vinculadas a ideia de enfraquecimento da democracia.

É notável então que o ativismo judicial não se trata de um comportamento alheio ao funcionamento harmonioso do Estado. Trata-se, portanto, de um elemento que surge de condições propícias, quais sejam o Estado Democrático de Direito, o sistema constitucional, combinados com a omissão, falha ou inércia das outras funções do poder em proporcionar a realização dos direitos estabelecidos na Carta Magna.

Não se ignora, tal como apontado no trabalho, os riscos e os ônus inerentes à atuação judicial ativista. Considerando, no entanto, a força normativa da Constituição e vinculação do conteúdo de suas normas a todos os Poderes da república, vislumbra-se no ativismo judicial um mecanismo útil a ser empregado criteriosamente na solução dos conflitos.

É sabido que o uso desmedido da referida atuação ativista pode implicar em riscos ao equilíbrio entre os poderes. É preciso, no entanto, o comprometimento do intérprete da lei com a hermenêutica constitucional, a fim de que o alcance das normas previsto originalmente pelo legislador não seja corrompido (ampliado ou restringido) indevidamente pelo intérprete (magistrado ou órgão colegiado).

Os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição da República de 1988 desenvolvidos pelo poder executivo e alcançados através de políticas públicas podem não ser concretizados por motivos de inércia do Estado. É justamente nessa inércia que reside o motivo da mudança de postura, qual seja o ativismo judicial. O ativismo judicial, justifica-se, portanto, na necessidade de provocação ou manutenção de uma política pública, na garantia

constitucional dos direitos sociais, na autonomia do poder judiciário e nos princípios constitucionais que permitem interpretações mais abrangentes e flexíveis, fortalecendo a conquista de direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREASSA JR, Gilberto. **A Legitimidade do “Ativismo Judicial” aos olhos da teoria do Estado e do Direito: um estudo voltado à garantia dos direitos fundamentais.** Disponível em: <http://andreassaeandreassa.adv.br/wp-content/uploads/2013/09/Ativismo-judicial-e-Direitos-Fundamentais.pdf>

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>
Acesso em 25/10/2010

BATISTA, Claudia Karina Ladeia. **A concretização do direito à moradia pela densificação do princípio da dignidade humana: caminhos para a atuação judicial nas grandes desocupações urbanas,** 2015. Tese (Doutorado) – Instituição Toledo de Ensino, Centro Universitário de Bauru, Centro de Pós-Graduação – Bauru, 2015.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna.** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. 189 p.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada** – 9. Ed. ver. E atual. até a Emenda Constitucional n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.** – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CARVELLI, Urbano; SCHOLL, Sandra. Evolução histórica dos direitos fundamentais: Da Antiguidade até as primeiras importantes declarações nacionais de direitos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 191, n. 48, p.167-189, set. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242914>>. Acesso em: 20 de maio. 2017.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** Disponível em http://www.tvjustica.jus.br/apostilas_saber_direito.php. Acesso em: 20 de maio. 2017.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário.** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. 216 p.

DE PAULA, Alexandre Sturion. **Elementos para a segurança jurídica no ativismo judicial processual.** Revista do Direito Privado. Volume I – Número 3, setembro/dezembro 2008.

Disponível em

:http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Alexandre_Sturion_de_Paula_Ativismo_Judicial.pdf

DOMINGUES, Maria de Fátima. **Ativismo Judicial e Direitos Fundamentais.** In: Direitos fundamentais e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNINOVE; Coordenadores: Ednilson Donisete Machado, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. – Florianópolis : FUNJAB, 2013.

KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88.** Novos estud. - CEBRAP, São Paulo, n.96, p. 69-85, July 2013. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso>. acesso em 18 Out. 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002013000200006>.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil.** - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009. 215 p.

LEDUR, José Felipe. **Direitos fundamentais sociais – efetivação no âmbito da democracia participativa.** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. 216 p.

NASCIMENTO, Juliana Azevedo do. **Ativismo Judicial e a efetividade das normas constitucionais,** 2010. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. 1ª ed. (ano 2008), 2ª reimpr. – Curitiba: Juruá, 2010. 352p.

PASSOS, Daniel Silva; **Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema de legitimidade**. – São Paulo: Saraiva, 2014.

PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos direitos fundamentais**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. 167 p.

SANDOVAL, Guilherme; RASGA, M. F. **Limites Exegéticos do Ativismo Judicial: Por uma Estratégia Hermenêutica de Preservação do Estado Democrático de Direito**. In: Conpedi.(Org.). *Hermenêutica: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI*. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 416-440.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 3 tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. 493 p.

SILVA, Airton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. **A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais**. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria*, v. 2, n. 2, jul. 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Sergio Antonio Fabris Editor Porto Alegre, 1991.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. Martins Fontes. São Paulo, 2007.