



PÓS-GRADUAÇÃO | MBA

UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ
PÓS GRADUAÇÃO LATO SENSU
DIREITO PÚBLICO

MARIA CECÍLIA BARROS DE OLIVEIRA BINDÁ

**O ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO PARA CONCRETIZAÇÃO DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

FORTALEZA-CE
2019

MARIA CECÍLIA BARROS DE OLIVEIRA BINDÁ

**O ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO PARA CONCRETIZAÇÃO DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para a obtenção do grau de
Especialista em Direito Público pela Universidade
Estácio de Sá/CERS.

FORTALEZA-CE
2019

MARIA CECÍLIA BARROS DE OLIVEIRA BINDÁ

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para a obtenção do grau de
Especialista em Direito Público pela Universidade
Estácio de Sá/CERS.

Data da Defesa: ___/___/___

Conceito: _____

Banca Examinadora

Prof. Examinador:

Prof. Examinador:

AGRADECIMENTOS

A Deus, que me deu a luz e as condições materiais para executar este trabalho.

À minha família, base de tudo, e especialmente ao meu marido Bruno, que eu tanto amo e admiro.

Aos professores e colegas deste Curso, que muito contribuíram para meu crescimento profissional e incentivaram meu interesse pelo tema escolhido para execução deste trabalho.

*“A mais premente necessidade
do ser humano é a de ser humano”.*

Clarice Lispector

RESUMO

A vida, a saúde, a liberdade, a educação, a propriedade, a segurança, bem como tantos outros direitos de igual importância, traduzem-se em elementos essenciais para a existência digna, livre e igualitária de todas as pessoas. A Constituição Federal de 1988 assumiu a responsabilidade de promover a concretização dos direitos fundamentais nos mais diversos níveis, mas essa tarefa não raramente recai no vazio, evidenciando a inexistência ou deficiência de políticas públicas e normas legais que garantam a efetiva fruição desses direitos. O presente trabalho monográfico tem por objetivo apresentar o ativismo judicial como instrumento de realização e concretização dos direitos fundamentais previstos em nossa Constituição. Propõe-se o reconhecimento do ativismo judicial como forma de interpretação da Constituição e de criação do direito, visando a pacificação dos conflitos e o bem-estar social a partir da aplicação dos valores e fins constitucionais na busca pela dignidade do ser humano.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Políticas públicas. Omissão do Poder Público. Poder Judiciário. Ativismo judicial. Legitimidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 NOÇÕES SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS	10
1.1 Breve histórico dos direitos fundamentais	11
1.2 Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais.....	13
1.3 Características dos direitos fundamentais	15
1.4 Limitações dos direitos fundamentais	18
1.5 Aplicabilidade das normas definidoras de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988	23
2 O ATIVISMO JUDICIAL.....	25
2.1 Origem e conceito.....	25
2.2 Ativismo judicial no mundo	27
2.3 Ativismo judicial no brasil.....	30
2.4 Argumentos contrários e favoráveis ao ativismo judicial	32
2.4.1 A violação ao princípio da separação dos poderes	33
2.4.2 A legitimidade democrática das decisões judiciais ativistas	35
2.4.3 A politização da justiça	37
3 O ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO PARA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	40
3.1 Direitos fundamentais e políticas públicas	40
3.2. As omissões do poder público	43
3.3 O papel do Poder Judiciário para garantir efetividade aos direitos fundamentais previstos na CF/88	44
3.4 O ativismo judicial e a concretização de direitos fundamentais – breve análise de casos emblemáticos julgados pelo Supremo Tribunal Federal	48
3.4.1 Direito à vida	50
3.4.2 Direito à liberdade	54
3.4.3 Direito à igualdade	58
3.4.4 Direito à saúde	62
CONCLUSÃO.....	69
REFERÊNCIAS	72

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal do Brasil de 1988 deu posição central e de destaque aos direitos fundamentais, concedendo às normas definidoras desse relevante grupo de direitos características únicas, tais como sua plena eficácia e imediata aplicabilidade. Adotou-se no Brasil um modelo de Estado intervencionista, que assumiu responsabilidades das mais diversas perante a sociedade, cabendo-lhe, por meio de prestações positivas, a execução de tarefas, programas e fins constitucionais.

Hoje, verificamos a necessidade de uma atuação efetiva do Estado para materialização dos direitos fundamentais. Essa importante tarefa, contudo, recai na inevitável insuficiência da legislação, das políticas públicas e dos planos governamentais voltados à garantia da concretização desses direitos. É nesse cenário que o Poder Judiciário surge como a “última trincheira de defesa dos direitos fundamentais”, para utilizar expressão criada pelo mestre Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 227).

Diante do fato de que os direitos fundamentais estão vinculados à preservação da dignidade da pessoa humana, a sociedade passa a esperar do Poder Judiciário soluções para a concretização de direitos de alta relevância, nas mais distintas situações, tais como diante de ameaças à vida, à liberdade, à saúde, à educação, à igualdade, e tantos outros.

Essa ampla atuação do Poder Judiciário está, em muitos aspectos, relacionada ao modelo constitucional adotado, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 adotou expressamente o princípio da inafastabilidade da jurisdição, inserido no rol de direitos e garantias fundamentais, de acordo com o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV/CF).

Sendo assim, sempre que provocado, o Judiciário tem que decidir conflito de interesses posto à seu exame, cabendo ao julgador dele conhecer, sem a possibilidade de omitir-se diante da matéria suscitada. Com isso, não raras vezes o julgador adota postura ativista e decide de maneira criativa, inovando no ordenamento jurídico para ampliar ou restringir o alcance de determinada norma

constitucional, na incansável busca pela justa solução dos conflitos e do bem-estar social.

O ativismo judicial, então, está associado a este movimento de judicialização e surge quando o julgador, provocado a apreciar determinado conflito, escolhe interpretá-lo e decidi-lo de modo mais proativo, à luz da Constituição, expandindo seu sentido e alcance e garantindo sua efetividade.

O presente trabalho propõe uma sucinta análise do fenômeno do ativismo judicial e de sua ligação com a concretização de direitos fundamentais.

No primeiro capítulo, veremos os principais aspectos dos direitos fundamentais. Inicialmente, faremos uma breve contextualização histórica; em seguida, abordaremos as chamadas “gerações” ou “dimensões” dos direitos fundamentais, bem como as principais características relacionadas pela doutrina especializada. Trataremos, então, das limitações dos direitos fundamentais, para só enfim analisar o importante tema da aplicabilidade das normas definidoras dessa espécie de direitos, na forma disposta pela Constituição Federal de 1988.

No segundo capítulo, falaremos sobre a origem e o conceito de ativismo judicial, fazendo uma análise contextual histórica do fenômeno no Brasil e no mundo. Discorreremos, ainda, sobre os argumentos favoráveis e contrários à atuação criativa do Poder Judiciário.

Por fim, no terceiro e último capítulo, adentraremos mais especificamente no tema objeto deste trabalho. Veremos o ativismo judicial como efetivo instrumento para concretização dos direitos fundamentais previstos em nossa Constituição. Entenderemos melhor a relação entre direitos fundamentais e políticas públicas, e analisaremos as situações que configuram omissão do Poder Público, bem como qual o papel do Poder Judiciário diante de um cenário omissivo. Ao final, propomos um breve estudo de casos emblemáticos julgados pelo Supremo Tribunal Federal em anos recentes, que retratam a tendência à prolação de decisões inovadoras em nosso ordenamento e evidenciam a relevância do ativismo judicial para concretização de direitos fundamentais.

1 NOÇÕES SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A vida, a saúde, a liberdade, a educação, a propriedade, a segurança, bem como tantos outros direitos de igual importância, traduzem-se em elementos essenciais para a existência digna, livre e igualitária de todas as pessoas. No plano internacional, tais direitos atendem pela denominação de "direitos humanos", enquanto, no plano interno, são chamados de "direitos fundamentais" e correspondem aos direitos positivados no texto constitucional.

Nossa Constituição Federal de 1988 elenca em seu Título II ("Dos Direitos e Garantias Fundamentais") os principais grupos de direitos e garantias fundamentais, fazendo-o da seguinte forma: disposições sobre direitos e deveres individuais e coletivos, previstos no Capítulo I (art. 5º); disposições sobre direitos sociais, correspondendo ao Capítulo II (arts. 6º a 11); disposições sobre direitos de nacionalidade, estabelecidos no Capítulo III (arts. 12 e 13); disposições sobre direitos políticos, no Capítulo IV (arts. 14 a 16), e; disposições sobre partidos políticos, listados no Capítulo V (art. 17).

Apesar da concentração da maior parte das disposições sobre direitos fundamentais no Título II, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que eles não se restringem a estes dispositivos e podem ser encontrados ao longo de todo o texto constitucional, seja de maneira expressa, em decorrência do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou de tratados e convenções internacionais adotadas pelo Brasil. A título de exemplo, cite-se o julgamento da ADI 939-7/DF, na qual o Ministro Relator Sydney Sanches entendeu ser garantia individual do contribuinte a imunidade tributária prevista no art. 150, III, "b" /CF88, considerando-a cláusula pétrea, de modo que a Emenda Constitucional nº 3/1993, ao pretender subtraí-la da esfera protetiva dos destinatários da norma, estaria ferindo o limite material previsto no art. 60, §4.º, IV, da CF/88¹.

¹ Ementa: Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originaria, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n.

José Afonso da Silva utiliza a expressão “direitos fundamentais do homem”, e os define como as prerrogativas e instituições que o direito positivo concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas (2005, p. 178). Desse conceito, podemos observar que o autor contextua os direitos fundamentais dentro do direito positivo e refere-se à concretização desses direitos, sugerindo a importância de que sejam concretizados no dia-a-dia na pessoa, e não apenas formalmente no texto. Além disso, considera os direitos fundamentais, em sua universalidade, como garantias que o ser humano tem diante do Estado, bem como fala em convivência (solidariedade) digna (dignidade da pessoa humana), livre (liberdade) e igual (igualdade).

Nos próximos tópicos, iremos tratar dos principais aspectos envolvendo o tema dos direitos fundamentais, tais como evolução histórica, características básicas, aplicabilidade e limites, dentre outros.

1.1 BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Há uma íntima relação entre o constitucionalismo e os direitos humanos/fundamentais, uma vez que a ideia básica do constitucionalismo é justamente a garantia de alguns direitos e a limitação do poder do Estado. Os

3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributária reciproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que é garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I,e art. 150, VI, "a", da C.F.); 3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: "b"): templos de qualquer culto; "c"): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e "d"): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em consequência, e inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993. (...) A Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93, que, no art. 2º, autorizou a União a instituir o IPMF, incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica 'o art. 150, III, b e VI, da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): (...). O princípio da imunidade tributária recíproca (que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns "dos outros) e que é garantia da Federação (art. 60, § 4º, inciso I,e art. 150, VI, a, da CF). ADIN 939-7, Rel. Min. Sidney Sanches, DJ 18-03-1994.

direitos humanos e fundamentais são frutos de um processo histórico evolutivo, o qual é lento, gradual e constante da humanidade.

Muito do que está previsto hoje na Constituição Federal de 1988 é resultado de uma luta histórica, vinculada a documentos que formataram o pensamento que preside o nosso constitucionalismo em termos de direitos fundamentais. Dentre esses documentos históricos, vale citar: *Magna Carta Libertatum* (1215), que, em seu art. 40, norteou a ideia do livre acesso ao Poder Judiciário; *Petition of Rights* (1628); *Corpo de Liberdades de Massachusetts* (1641); *Habeas Corpus Amendment Act* (1679); *Forma de Governo da Pensilvânia* (1682); *Bill of Rights* (1689), que foi o primeiro de origem parlamentar a impor limites ao poder do monarca; *Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia* (12/06/1776); *Declaração de Independência dos Estados Unidos* (04/07/1776); *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (Assembleia Constituinte Francesa, de 26/08/1789); *Carta das Nações Unidas* (26/06/1945) e; *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (10/12/48).

Alguns dos documentos citados acima têm maior relevância e merecem ser aprofundados. Vejamos inicialmente a *Declaração de Independência dos Estados Unidos*, de 1776, que tem papel importante na afirmação da universalidade dos direitos do homem e é um marco do que se entende pela primeira geração de direitos humanos, caracterizada pela prevalência de direitos universais ligados a uma abstenção do Estado, com foco na liberdade e na igualdade formal. Trata-se do primeiro documento na história política moderna a afirmar princípios democráticos, bem como a reconhecer que, apesar da legitimidade da soberania popular, há direitos inerentes a todo ser humano, independentemente de sexo, raça, religião, posição social, o que também revelava a ideia de universalidade.

Citemos também a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789. Esse documento tem um papel fundamental na difusão da expressão “direitos do homem”, bem como na afirmação da universalidade dos direitos humanos, tratando de direitos de todos os tempos e de todos os povos (universalidade no aspecto temporal e no aspecto global).

Nota-se que houve na história um movimento de construção de direitos fundamentais universais, que pregaram a igualdade e a liberdade de todos os homens. Contudo, ao longo do Século XX, esse esforço sofre um enorme retrocesso, dando ensejo à Segunda Guerra Mundial, especialmente diante do

fortalecimento do nazismo e de suas ideias de hierarquização das raças e desigualdade entre os homens.

Nesse cenário, a Carta das Nações Unidas, de 1945, propiciou a retomada do tema e o início da construção de um sistema internacional de proteção aos direitos humanos, passando-se a trabalhar a fundamentação dos direitos na dignidade da pessoa humana.

1.2 GERAÇÕES OU DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ideia de “gerações” de direitos fundamentais foi desenvolvida por Karel Vasak, em texto publicado em 1977 e em palestra proferida em 1979, no Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo: “Pelos Direitos Humanos da Terceira Geração: os Direitos de Solidariedade”.

Costuma-se relacionar as três gerações de direitos fundamentais ao ideário da Revolução Francesa – Liberdade, Igualdade (material) e Fraternidade (ou solidariedade), correspondendo respectivamente aos direitos de 1^a, 2^a e 3^a gerações. Hoje, já se fala em direitos de 4^a e 5^a gerações.

Essa divisão em “gerações” é criticada, pois para alguns a expressão passa a ideia de substitutividade de uma geração por outra. No campo dos direitos fundamentais, as gerações não implicam substitutividade, mas sim soma – a seguinte agraga à anterior. Por este motivo, muitos preferem falar em “dimensões” dos direitos fundamentais.

A **1^a dimensão de direitos fundamentais** surge no final do Século XVIII, com as Constituições norteamericana (1787) e francesa (1791). Essas Constituições modelaram o Estado naquilo que conhecemos hoje como sendo a forma de um Estado liberal, que se ausenta das relações econômicas e sociais (Estado mínimo).

O que se desejou, em um primeiro momento, para que a dignidade fosse respeitada, é que o Estado se retráisse, deixando de ser absolutista; desejou-se a liberdade, propriedade, vida etc. dos particulares. Têm-se direitos antiestatais (contra o Estado) e que exigem do Estado um não-fazer, uma abstenção. Tratam-se dos direitos de defesa e de liberdade (*status negativo*).

Com a Revolução Industrial, deu-se uma onda de desemprego em massa, decorrente da automatização. A situação precária dos trabalhadores faz surgir a consciência de que novos direitos precisam ser desenvolvidos no modelo capitalista.

Surgiram os **direitos fundamentais de 2º dimensão**, acompanhados de um novo modelo de Estado, inaugurado pelas Constituições mexicana (1917) e alemã (1919). O Estado deixa de ser liberal, passando a ser assistência, providência, atuando positivamente em favor do cidadão (estado de bem-estar social, *welfare state*), inclusive no que tange à elaboração de normas legais protetivas, especialmente dos trabalhadores. Essa dimensão de direitos fundamentais, então, liga-se aos direitos sociais e econômicos (*status positivo*). Marcelo Novelino faz a seguinte ressalva (2014, p. 472):

A implementação das prestações materiais e jurídicas exigíveis para a redução das desigualdades no plano fático, por dependerem, em certa medida, da disponibilidade orçamentária do Estado (“reserva do possível”), faz com que estes direitos geralmente tenham uma efetividade menor que os direitos de defesa.

Ainda no Século XX, percebeu-se que os direitos fundamentais não deveriam ser titularizados apenas pela pessoa no campo individual. A **3ª dimensão de direitos fundamentais** vincula-se à ideia de fraternidade ou solidariedade e tem titularidade coletiva ou difusa: família, povo, nação, país (em especial aqueles em desenvolvimento). Liga-se ao direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente, à proteção do patrimônio cultural, à assistência humanitária, à comunicação.

Mais recentemente, começou-se a se falar em uma 4ª dimensão de direitos fundamentais, a qual envolve direitos decorrentes da globalização política, ligados à questão da democracia direta, da informação, do pluralismo etc. De acordo com alguns doutrinadores, essa dimensão também está relacionada aos direitos das minorias, direitos vinculados à biotecnologia e direitos intergeracionais, especialmente a uma vida saudável.

Como uma 5ª dimensão de direitos fundamentais, fala-se no direito à paz mundial, o que decorre da preocupação com conflitos de guerra não só por razões humanitárias, mas também porque atingem a sociedade em questões sociais, econômicas e de segurança mundial. Essa dimensão seria constituída por direitos relativos à proteção, ao cuidado, à compaixão, ao respeito e amor a todas as formas de vida.

1.3 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Serão relacionadas abaixo as principais características dos direitos fundamentais, as quais estão interrelacionadas entre si e não formam categorias estanques e totalmente separadas umas das outras.

Para José Afonso da Silva, “esse tema desenvolveu-se à sombra das concepções jusnaturalistas dos direitos fundamentais do homem, de onde promana a tese de que tais direitos são inatos, absolutos, invioláveis (intransferíveis) e imprescritíveis (2005, p.180-181)”. Abaixo, discorreremos brevemente sobre estas e mais algumas características comumente apontadas pela doutrina.

- a) *Historicidade* – os direitos fundamentais são frutos de um processo histórico de lutas. Assim, há na história uma afirmação gradual desses direitos, que possuem uma índole evolutiva, conforme surgem novas necessidades ou ameaças. Oportuno perceber que os direitos fundamentais são vinculados à dignidade da pessoa humana, e o que é necessário para assegurar essa dignidade varia no curso da história, de forma que há um conjunto de direito básicos, que podem ganhar novas projeções no curso da história².
- b) *Inalienabilidade (indisponibilidade)* – os direitos fundamentais são intransferíveis, indisponíveis, inegociáveis, desprovidos de conteúdo econômico e patrimonial. O titular de um direito fundamental não pode comercializá-lo, tornando impossível, física ou juridicamente, o exercício, por ele próprio, de seu direito fundamental. O fundamento da inalienabilidade é justamente a dignidade da pessoa humana, o que significa que o consentimento do titular não é suficiente para tornar necessariamente legítimo qualquer ato ou negócio jurídico que possa afetar os direitos fundamentais. Esclareça-se, contudo, que, naturalmente, é possível firmar negócio jurídico que tangencie direito fundamental (ex.: contrato de utilização de imagem pessoal para fins comerciais), mas vale atentar: o que se permite, nesse exemplo, é que outrem utilize sua imagem, mas jamais se

² Como exemplo, podemos citar o fato de que hoje, já se fala em direito fundamental ao acesso à internet (na Finlândia, desde 2010, o acesso à banda larga é considerado direito fundamental de todos os cidadãos finlandeses; o mesmo é aplicado na Estônia, onde se fala em *teledemocracia* – mecanismos de democracia aplicados com base na tecnologia, tendo a internet papel fundamental nesse contexto). No Brasil, esse direito fundamental de acesso à internet ainda não está previsto na CF, mas há uma proposta de EC, que o inclui entre os direitos sociais.

poderá dispor completamente dela. O direito fundamental deve sempre se manter na esfera de deliberação de seu titular.

- c) *Personalidade* – os direitos fundamentais são personalíssimos, e, portanto, se extinguem com a morte de seu titular.
- d) *Imprescritibilidade* – Os direitos fundamentais não prescrevem, não se perdem pelo decurso do tempo. São sempre exigíveis, ainda que não exercidos.
- e) *Irrenunciabilidade* – não se pode renunciar a direito fundamental; no máximo se pode deixar de exercê-lo. A pessoa pode se autolimitar voluntariamente, por ato revogável a qualquer tempo.
- f) *Constitucionalização* – direitos fundamentais devem ser positivados em um ordenamento jurídico positivo no plano constitucional. Isso significa que dispositivos relativos a direitos fundamentais, por natureza, são matéria constitucional, ou seja, os direitos fundamentais são todos materialmente constitucionais, ainda que não estejam formalmente escritos na CF.
- g) *Inviolabilidade* – os direitos fundamentais são invioláveis, no sentido de que devem ser obrigatoriamente respeitados pelas normas infraconstitucionais, sob pena de constitucionalidade. A inviolabilidade atinge não apenas as normas, como também os agentes do poder público, que não podem praticar atos materiais que violem direitos fundamentais. Do mesmo modo, particulares não podem praticar atos que violem direitos fundamentais uns dos outros. Ou seja, os direitos fundamentais devem ser respeitados pelas leis abstratas (normas jurídicas), pelo Estado e pelos particulares. Nota-se, portanto, que os direitos fundamentais vinculam a todos, em especial os atos dos Poderes Constituídos, que devem observância aos direitos fundamentais, sob pena de serem considerados inválidos. Os direitos fundamentais são parâmetros à atuação normativa e material do Estado e de seus agentes públicos.
- h) *Aplicabilidade imediata* – os direitos fundamentais são aplicáveis de imediato, não dependendo de regulamentação, em regra, pelo legislador ordinário. Sobre o assunto, dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, §1º: “As

normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". José Afonso da Silva alerta, contudo, que a própria Constituição prevê situações em que aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais depende de legislação ulterior. Na lição do autor, "por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta" (2005, p. 180).

- i) *Limitabilidade (relatividade)* – entende-se que os direitos fundamentais não são absolutos, ou seja, podem sofrer limitações em face de valores constitucionais, de outros direitos fundamentais etc. O STF, inclusive, já se posicionou sobre o tema. Vejamos o seguinte julgado:

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição (...) pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros (STF, MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 16/09/1999). [grifamos]

- j) *Não taxatividade* – Os direitos fundamentais expressos na CF/88 constituem rol exemplificativo, de modo que, mesmo aqueles que não estejam previstos no texto constitucional, têm natureza constitucional. Assim, pode-se dizer que existem direitos fundamentais implícitos: o catálogo constitucional de direitos fundamentais é sempre um rol aberto. Isso está previsto na própria Constituição Federal de 1988, que assim dispõe no §2º de seu art. 5º: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

- k) *Proibição de retrocesso* – como os direitos fundamentais são resultado de um processo evolutivo de lutas e conquistas, em prol da afirmação de posições jurídicas que asseguram a dignidade da pessoa humana, uma vez que essa luta resulta no reconhecimento de um novo direito fundamental, ele não pode mais ser suprimido, enfraquecido ou abolido (ADI 1946). Ou seja, não é possível retroceder em termos de conquistas relativas a direitos fundamentais.
- l) *Universalidade* – trata-se de uma das características mais difundidas. Para os que defendem a universalidade, os direitos humanos devem ser garantidos em todos os planos, quais sejam, no plano da titularidade (sob o ponto de vista da amplitude subjetiva, direitos universais significam direitos titularizados por todos os seres humanos), no plano temporal (sob o ponto de vista da amplitude atemporal, são direitos que devem ser reconhecidos em todas as épocas da história), no plano cultural (devem ser reconhecidos em todas as culturas do planeta³) e, por fim, no plano de vinculação (são direitos que vinculam a todos – Estados, legisladores, julgadores, particulares etc.).

1.4 LIMITAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quando estudamos acima as características dos direitos fundamentais, ficou claro que, apesar de sua relevância, não se tratam de direitos absolutos e ilimitados.

Há diferença entre a delimitação do âmbito de proteção de um direito fundamental e a limitação (restrição) de um direito fundamental.

O **âmbito de proteção de um direito fundamental** deve ser estabelecido caso a caso. Sua delimitação pode ser feita pela própria Constituição (ex.: arts. 205 a 214/CF – direito à educação) ou pelo Legislador ordinário, por delegação do constituinte (atividade de “conformação”, ou de “regulação”). Explica Gilmar Ferreira Mendes (2014, p. 239):

O âmbito de proteção de um direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos e jurídicos contemplados na norma jurídica (v. g., reunir-se sob determinadas condições) e a consequência comum, a proteção fundamental. Descrevem-se os bens ou objetos protegidos ou garantidos pelos direitos fundamentais. Nos direitos fundamentais de defesa cuida-se de normas sobre elementos básicos de determinadas ações ou

³ Neste ponto, existem sérias críticas, uma vez que a grande diversidade cultural no planeta e a forma como cada cultura vê as relações humanas e sociais são muito diferentes entre si.

condutas explicitadas de forma lapidar: propriedade, liberdade de imprensa, inviolabilidade do domicílio, dentre outros.

Alguns chegam a afirmar que o âmbito de proteção é aquela parcela da realidade que o constituinte houve por bem definir como objeto de proteção especial ou, se se quiser, aquela fração da vida protegida por uma garantia fundamental.

Certos direitos fundamentais, como o direito de propriedade e o direito à proteção judiciária, são dotados de âmbito de proteção estritamente normativo (âmbito de proteção estritamente normativo = rechts- oder norm-geprägter Schutzbereich).

Nesses casos, não se limita o legislador ordinário a estabelecer restrições a eventual direito, cabendo-lhe definir, em determinada medida, a amplitude e a conformação desses direitos individuais[7]. Acentue-se que o poder de conformar não se confunde com uma faculdade ilimitada de disposição.

No que tange à **limitação (restrição) de um direito fundamental**, a Constituição Federal pode, por uma expressa restrição constitucional, impor limites a um direito fundamental nela mesma prevista ou autorizar o legislador ordinário a fazê-lo. Atente-se, contudo, que qualquer limitação a um direito fundamental tem que estar autorizada pela Constituição, e mesmo quando é o legislador comum que limita o direito fundamental, ele o faz com base em autorização constitucional.

A Constituição pode estabelecer limites a um direito fundamental por diversas razões diferentes. Dentre elas, podemos citar a necessidade de harmonizar os diversos direitos fundamentais que estão envolvidos em um caso concreto, à luz da proporcionalidade e da cedência recíproca. Isto porque, como se sabe, diante da colisão de direitos fundamentais, não se aplica o tudo ou nada, mas sim se faz a análise de qual direito deve prevalecer no caso concreto.

Outra possibilidade é a limitação decorrer de situações excepcionais, tais como o estado de defesa ou estado de sítio. Vejamos o que diz a CF/88:

Art. 136. [...]

§ 1º - O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

I - restrições aos direitos de:

- a) reunião, ainda que exercida no seio das associações;
- b) sigilo de correspondência;
- c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; [...]

Art. 138. O decreto do estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas.

Ainda, a própria norma definidora do direito fundamental pode fazer-lhe uma restrição imediata (direta) ou uma restrição mediata (indireta, por meio de reserva

legal restritiva, que autoriza o legislador ordinário a dispor sobre uma limitação a um direito fundamental). É o que ocorre, por exemplo, nos seguintes dispositivos da CF/88:

Art. 5º. [...]

IV: é livre a manifestação do pensamento, **sendo vedado o anonimato**; [grifamos]

Art. 5º. [...]

XV: é livre a locomoção no território nacional **em tempo de paz** [...] [grifamos];

Art. 5º. [...]

XVI: todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, **desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local**, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente. [grifamos]

Art. 5º. [...]

VII: é assegurada, **nos termos da lei**, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva; e [grifamos]

Art. 5º. [...]

XXVII: aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros **pelo tempo que a lei fixar**. [grifamos]

Art. 5º. [...]

XII: é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, **nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer** para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; e [grifamos]

Art. 5º. [...]

XIII: é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, **atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer**. [grifamos]

Assim, o legislador ordinário pode ser autorizado pela Constituição a dispor sobre uma limitação a um direito fundamental, na forma de uma reserva legal restritiva.

Alguns argumentam que essas restrições podem ser feitas pelo legislador ordinário também com relação a direitos fundamentais cujas disposições constitucionais respectivas não preveem expressamente essa hipótese. Nesse caso, haverá uma autorização implícita da Constituição Federal no sentido de o legislador ordinário poder restringir certo direito fundamental, o que pode ser útil, por exemplo, nos casos de colisão de direitos.

Para Gilmar Mendes, a atividade legislativa restritiva, mesmo na hipótese de ausência expressa de autorização legal, existe e é uma consequência do princípio

da legalidade (2014, p. 256). Há uma cláusula de reserva legal subsidiária no art. 5º, II/CF, o qual estabelece que “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”. Assim, além de eventual disposição expressa, o legislador já tem autorização implícita para obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, o que inclui direitos fundamentais.

Entretanto, diante da possibilidade de abusos por parte do legislador, qualquer limitação de direitos fundamentais sem reserva legal expressa deve ter como lastro também alguma outra norma constitucional. O legislador ordinário nunca terá um poder amplo e irrestrito para limitar direitos fundamentais. Daí surge o que a doutrina chama de **teoria do limite dos limites**: limites impostos à possibilidade do legislador limitar direitos fundamentais, visando evitar que o legislador acabe aniquilando o conteúdo essencial desses direitos.

De acordo com o Gilmar Mendes, o limite dos limites decorre sempre da própria Constituição e dizem respeito à necessidade de preservar o núcleo essencial do direito fundamental e de se ter clareza, determinação e generalidade e proporcionalidade nas restrições impostas. Ensina o doutrinador que “enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o **princípio da proteção do núcleo essencial** destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais” (2014, p. 257).

Para parte da doutrina, o núcleo essencial último dos direitos fundamentais é sempre a dignidade da pessoa humana. Isso se coaduna com a ideia de que dignidade da pessoa humana é o fundamento último de toda a Constituição e dos direitos fundamentais, devendo ser visto como um limite absoluto pelo legislador ordinário.

Cada direito fundamental, além do seu núcleo essencial estabelecido pela dignidade da pessoa humana, tem seu núcleo duro ou núcleo fundamental, que não pode ser tocado pelo legislador na sua atividade restritiva.

Algumas Constituições trazem previsão expressa desse princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais⁴. No Brasil, não temos uma

⁴ Na lição de Gilmar Mendes (2014, p. 256): “*Alguns ordenamentos constitucionais consagram a expressa proteção do núcleo essencial, como se lê no art. 19, II, da Lei Fundamental alemã de 1949 e na Constituição portuguesa de 1976 (art. 18º, III). A cláusula constante do art. 19, II, da Lei Fundamental configura uma tentativa de fornecer resposta ao poder quase ilimitado do legislador no âmbito dos direitos fundamentais, tal como amplamente reconhecido pela doutrina até o início do*

disposição constitucional expressa que veicule uma norma específica tratando desse princípio, mas temos um dispositivo que estabelece que direitos e garantias fundamentais são cláusulas pétreas e que não se admite ao poder de reforma sequer a tramitação de uma proposta de Emenda Constitucional que seja tendente a aboli-los (art. 60, §4º, IV).

Assim, o poder de reforma (que é superior ao legislador ordinário) tem limites e não pode produzir emendas à Constituição tendentes a abolir direito fundamental, ou seja, tocar no seu núcleo essencial. Dessa forma, embora não exista na CF/88 um dispositivo expresso tratando do princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, é facilmente perceptível a existência desse limite, pois sequer o poder de reforma pode tocar no núcleo essencial de um direito fundamental, quiçá o legislador ordinário.

Sobre o assunto, entende o STF que o legislador ordinário deve preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, devendo o Poder Legislativo balizar sua atuação de forma a não violar a razoabilidade e a proporcionalidade. Nesse sentido:

No âmbito do modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, paira uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Representação nº 930, Redator p/ o acórdão Ministro Rodrigues Alckmin, DJ, 2-9-1977. A reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu

século passado. A proteção dos direitos realizava-se mediante a aplicação do princípio da legalidade da Administração e dos postulados da reserva legal e da supremacia da lei. Isso significava que os direitos fundamentais submetidos a uma reserva legal poderiam ter a sua eficácia completamente esvaziada pela ação legislativa. Tentou-se contornar o perigo do esvaziamento dos direitos de liberdade pela ação do legislador democrático com a doutrina das garantias institucionais (Institutgarantien), segundo a qual determinados direitos concebidos como instituições jurídicas deveriam ter o mínimo de sua essência garantido constitucionalmente. A falta de mecanismos efetivos de controle de constitucionalidade das leis – somente em 1925 reconheceu o Reichsgericht a possibilidade de se proceder ao controle de constitucionalidade do direito ordinário – e a ausência de instrumentos asseguradores de efetividade dos direitos fundamentais em face dos atos administrativos contribuíram ainda mais para a onipotência do legislador. A Lei Fundamental de Bonn declarou expressamente a vinculação do legislador aos direitos fundamentais (LF, art. 1, III), estabelecendo diversos graus de intervenção legislativa no âmbito de proteção desses direitos. No art. 19, II, consagrou-se, por seu turno, a proteção do núcleo essencial (In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesengehalt angestatet werden). Essa disposição, que pode ser considerada uma reação contra os abusos cometidos pelo nacional-socialismo, atendia também aos reclamos da doutrina constitucional da época de Weimar, que, como visto, ansiava por impor limites à ação legislativa no âmbito dos direitos fundamentais. Na mesma linha e por razões assemelhadas, a Constituição portuguesa e a Constituição espanhola contêm dispositivos que limitam a atuação do legislador na restrição ou conformação dos direitos fundamentais (cf. Constituição portuguesa de 1976, art. 18º, n. 3, e Constituição espanhola de 1978, art. 53, n. 1)".

próprio núcleo essencial. (RE 511961, Rel. Min. Gilmar Mendes, 17/06/2009). Vide ainda: ADI 3540-MC.

1.5 APlicabilidade das normas definidoras de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

No tópico sobre as características dos direitos fundamentais, mencionamos que eles devem ter a máxima aplicabilidade possível, sendo justamente nesse sentido que a CF/88 prevê:

Art. 5º. [...]

§ 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Ter aplicação imediata significa que essas normas não necessitam da intermediação do legislador comum para serem aplicadas. Isso, contudo, não significa que todas as normas de direitos fundamentais são normas de eficácia plena ou contida, e nunca de eficácia limitada.

No próprio art. 5º, da Constituição Federal, existem incisos que mencionam a necessidade de uma lei ordinária, mas isso não significa que sejam normas programáticas, mas sim normas de eficácia contida; há uma menção à lei, mas essa não é obrigatoriedade para viabilizar a aplicação imediata da norma constitucional. Exemplifica-se:

Art. 5º. [...]

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer⁵;

[...]

LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei⁶.

Outros dispositivos, contudo, mencionam a necessidade de lei ordinária e não apresentam ter aplicabilidade imediata sem a atuação do legislador ordinário. Nesses casos, a princípio, não se conseguirá aplicar desde logo essas normas constitucionais. Com certo esforço, contudo, pode-se entender que esses

⁵ Tem aplicabilidade imediata – não precisa atuação do legislador ordinário, embora se admita que ele, por lei, estabeleça algumas qualificações profissionais mínimas (norma de eficácia contida).

⁶ Tem aplicabilidade imediata – não precisa atuação do legislador ordinário, embora se admita que ele, por lei, crie exceções (norma de eficácia contida).

dispositivos, mesmo sem essas leis, se aplicam imediatamente porque revelam princípios gerais de hermenêutica constitucional. Por exemplo:

Art. 5º. [...]

XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

Outros incisos mencionam a necessidade de lei ordinária e não apresentam nenhuma possibilidade de aplicabilidade imediata sem a atuação do legislador ordinário, nem mesmo sob a ótica dos princípios gerais de hermenêutica constitucional. São exemplos:

Art. 5º. [...]

XXVIII - são assegurados, ***nos termos da lei***:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

[...]

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

[...]

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, ***nos termos da lei***;

[...]

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

[grifamos]

A doutrina ensina que o art. 5º, §1º/CF estabelece uma presunção relativa de aplicabilidade imediata e eficácia plena das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, defende-se que os poderes públicos devem extraír a maior eficácia possível das normas de direitos fundamentais, as quais só podem ser entendidas como programáticas fundamentadamente e em hipóteses extremas, dando-se prevalência à sua máxima efetividade.

2 O ATIVISMO JUDICIAL

A necessidade de concretizar direitos fundamentais constitucionalmente previstos, mas não efetivados pelo Poder Público, deu surgimento a um movimento criativo e inovador por parte dos membros do Judiciário. A reiterada violação de direitos em decorrência da inércia do legislador infraconstitucional ou do gestor público fez com que os juízes tomassem para si o dever de desempenhar papel mais proativo na promoção do bem-estar social, garantindo, por meio de suas decisões, a concretização de valores e fins constitucionais.

Analisaremos adiante os principais aspectos do ativismo judicial, especialmente quanto à sua origem, conceituação e contextualização no cenário mundial e no Brasil, além de abordar a discussão sobre a legitimidade democrática das decisões proferidas pelos juízes ativistas e outras questões relevantes.

2.1 ORIGEM E CONCEITO

Acredita-se que a expressão “*ativismo judicial*” tenha surgido em janeiro de 1947. O termo foi adotado pelo historiador Arthur Schlesinger Junior, vencedor do prêmio Pulitzer de 1946, em artigo publicado na revista norteamericana *Fortune*, no qual contextualizava historicamente a Suprema Corte dos Estados Unidos na década de 40.

A matéria traçava um panorama político da Suprema Corte americana e descrevia o perfil de atuação de cada um de seus juízes, sete dos quais recém-nomeados pelo presidente Franklin Delano Roosevelt, em 1937. Quatro deles foram descritos por Schlesinger como “ativistas judiciais” (Black, Douglas, Murphy, e Rutledge), ou seja, juízes que consideravam o direito e a política inseparáveis e acreditavam que a Corte deveria utilizar seu poder político para promover o bem-estar social.

Entende-se que a *judicialização* ocorre quando determinadas questões de larga repercussão política ou social, tradicionalmente afetas aos Poderes Legislativo e Executivo, passam a ser decididas por órgãos do Poder Judiciário. Para Luís

Roberto Barroso, “a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade” (2011, p. 3). No Brasil, trata-se de circunstância que decorre do modelo constitucional adotado, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 adotou expressamente o princípio da inafastabilidade da jurisdição, inserido rol de direitos e garantias fundamentais, assim dispondo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Sendo assim, sempre que provocado, o Judiciário tem que decidir conflito de interesses posto à seu exame, cabendo ao julgador dele conhecer, sem a possibilidade de omitir-se diante da matéria suscitada.

O ativismo judicial está associado a este movimento de judicialização e surge quando o julgador, provocado a apreciar determinado conflito, escolhe interpretá-lo e decidi-lo de modo mais proativo, à luz da Constituição, expandindo seu sentido e alcance e garantindo sua efetividade. Explica Luís Roberto Barroso (2011, p. 6):

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.

Pode-se, portanto, compreender o ativismo judicial como uma atitude, uma escolha do magistrado no sentido de buscar a concretização de valores e fins constitucionais através de uma hermenêutica jurídica expansiva, decidindo de maneira criativa diante dos conflitos postos à sua apreciação. Ocorre nos casos em que o Poder Judiciário, para garantir a fruição de direitos fundamentais previstos na Constituição, age além dos poderes que lhes foram conferidos pela ordem jurídica,

imiscuindo-se em questões políticas ou sociais tradicionalmente afetas aos Poderes Legislativo e Executivo, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito.

O oposto do ativismo judicial seria a chamada *autocontenção judicial*, conduta de acordo com a qual o Poder Judiciário procura interferir o mínimo possível nas ações dos Poderes Executivo e Legislativo, restringindo a aplicação da Constituição às situações previstas expressamente no seu âmbito de incidência e abstendo-se de intervir nos rumos das políticas públicas.

2.2 ATIVISMO JUDICIAL NO MUNDO

Como visto, as origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norteamericana e ao artigo publicado pelo historiador Arthur Schlesinger Junior, em 1947, revista *Fortune*. Esclarece, contudo, Bruna Villas Boas Campos (2014, online, p. 24):

É importante salientar que, a despeito de o termo ter sido utilizado, pela primeira vez, nessa matéria, a crítica sobre os contornos legítimos do exercício da jurisdição é mais remota nos Estados Unidos. Craig Green, em importante estudo realizado sobre as bases históricas e o significado da locução, esclarece que “embora a proeminência do ativismo judicial se deva muito a eventos posteriores a 1947, o termo também cristalizava ansiedades sobre o ato de julgar, que são mais antigas do que o ensaio de Schlesinger.” Como evidência dessa continuidade de um debate anterior e bastante recorrente, a escolha do marco temporal pelo historiador não pode ser considerada fortuita; ao contrário, evidencia a sua opção em conhecer o perfil dos Justices, na nova composição da Suprema Corte, após o fim da paradigmática “Era Lochner”, iniciada com o *leading case* *Lochner v. New York*, de 1905.

É bem verdade que o ativismo judicial ganhou força e notoriedade após a Segunda Guerra Mundial. Todavia, muito antes já era possível identificar sinais da atividade criativa dos julgadores da Suprema Corte norteamericana ao decidirem casos mais peculiares. Ressalte-se, porém, que, no período pré-1947, o ativismo era visto com maus olhos, pois os magistrados demonstravam decidir conforme suas preconcepções dos interesses coletivos, adentrando indevidamente em questões políticas controvertidas, que deveriam caber aos Poderes Executivo e Legislativo.

Vale citar alguns exemplos.

Em 1857, o escravo Dred Scott acreditava ter obtido sua liberdade quando esteve no Estado de Illinois, local onde a escravidão era proibida. Contudo, ao acompanhar seu antigo dono de volta ao Estado de Missouri, onde a escravidão era

permitida, foi apresentado para um terceiro. Decidiu, então, processar a viúva de seu antigo dono, bem como o novo dono, requerendo o reconhecimento de sua já conquistada liberdade. O caso chegou à Suprema Corte, que, de forma desfavorável, concluiu que o reclamante não era livre tampouco cidadão norteamericano. Para completar, a Corte ainda declarou a constitucionalidade de todas as leis estaduais abolicionistas, sob o fundamento de que violavam a Quinta Emenda da Constituição norteamericana, a qual garantia aos cidadãos do país o direito de propriedade, inclusive sobre seus escravos. A decisão ativista oprimiu os negros norteamericanos e desenhou de maneira irremediável a Constituição dos Estados Unidos como um documento favorável à escravidão, sendo considerada um dos catalizadores para a eclosão da Guerra Civil (1861-77)⁷.

Já no supramencionado caso *Lochner v. New York*, de 1905, a Suprema Corte dos Estados Unidos reformou decisão proferida por juiz monocrático e confirmada em sede recursal que condenava o dono de uma padaria, Joseph Lochner, ao pagamento de uma multa ou à prisão, em razão de ter submetido seus empregados (padeiros) à jornada de trabalho superior a 10 horas diárias ou 60 horas semanais. Para a Suprema Corte, a Lei *Bakeshop*, promulgada em 1897 pelo Estado de Nova Iorque, que limitava as horas diárias de trabalho desta categoria por questões de saúde pública, violava a liberdade contratual das partes amparada pela Décima Quarta Emenda da Constituição norteamericana⁸ e era, portanto, inconstitucional. Para os julgadores, a lei provocava uma intervenção ilegal e abusiva do Estado no domínio econômico e deveria ser invalidada.

⁷ "A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973)" (BARROSO, 2011, p. 7).

⁸ "EMENDA XIV. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado-membro onde residam. Nenhum Estado-membro poderá fazer ou aplicar nenhuma lei tendente a abolir os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privá-los da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal; nem poderá denegar a nenhuma pessoa sob sua jurisdição igual proteção das leis". Tradução livre a partir do original: "AMENDMENT XIV, American Bill of Rights. Passed by Congress June 13, 1866. Ratified July 9, 1868. Section 1. "All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction there of, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws" (Disponível em: <<https://www.archives.gov/founding-docs/amendments-11-27>>. Acesso em: 05 jan. 2019).

O entendimento estava alinhado à postura conservadora adotada pela Corte entre 1895 e 1937, favorável à não intervenção do Estado nas políticas econômicas e que aplicava a teoria do *substantive due process of law* para justificar juridicamente a contenção dos avanços da legislação social, principalmente, as leis reguladoras das condições de trabalho, editadas durante a crise de 1929. Explica Léda Boechat Rodrigues (1958, p. 99-100, *apud* Bruna Villas Boas Campos, 2014, online, p. 27):

Traduz a jurisprudência da Corte, de 1920 a 1930, o espírito dominante na época: acreditam os detentores do poder econômico que o maior instrumento da comunidade não é o governo, mas o mundo dos negócios; deve-se temer e combater o controle popular, pois a única esfera em que o Estado se mostra útil é na proteção da liberdade individual. A consequência é, então, a proteção exacerbada do capitalismo. [...] participam os três departamentos do Governo da tarefa de traduzir a filosofia política e econômica dominante na prática estatal. Mas coube à Corte Suprema moldá-la no direito constitucional.

Ainda sobre as origens do ativismo judicial, Dirley da Cunha Júnior acentua que as Constituições do México (1917) e da Alemanha (1919) contribuíram sobremaneira para o crescimento da judicialização da política e das questões sociais, uma vez que incorporavam em seus textos objetivos e diretrizes políticas, as quais acabavam por se transformarem em questões jurídicas. Como bem pontua o autor, “Qualificadas como questões jurídicas, as atividades políticas do Estado, quando não regularmente cumpridas, submetem-se ao crivo do Judiciário, aqui residindo a própria essência da judicialização da política e do ativismo judicial” (CUNHA JÚNIOR, 2015?, online).

No período pós-Segunda Guerra, o ativismo judicial destacou-se nos debates jurídico-constitucionais dos países democráticos, a partir de quando foi possível verificar grande avanço positivo da atuação do Poder Judiciário sobre questões políticas, tradicionalmente afetas aos Poderes Executivo e Legislativo. Além da Suprema Corte norteamericana, cortes constitucionais de diferentes partes do mundo e em diferentes contextos históricos protagonizaram decisões de largo alcance político, implementando políticas públicas e concretizando direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Como bem observou Luís Roberto Barroso (2011, p. 3):

De fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o

espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular. Os exemplos são numerosos e inequívocos. No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de *Bush v. Gore*. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coréia, a Corte Constitucional restituíu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment.

Nota-se, dessa forma, que, apesar de ainda estar cercado por polêmicas e dividir opiniões, o movimento ativista popularizou-se largamente nas últimas décadas e foi protagonista na solução de conflitos internacionais relevantes que colocaram em risco direitos fundamentais básicos dos cidadãos.

2.3 ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

Como visto alhures, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu imenso rol de direitos e garantias fundamentais, espalhados em todo o texto constitucional, os quais são de observância obrigatória no Estado Social e Democrático de Direito e têm por escopo garantir condições mínimas de vida digna, consequência básica do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado, nos termos previstos no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

Além disso, o § 2º do art. 5º passou a estabelecer que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Assim, os direitos fundamentais na Constituição de 1988 têm enumeração aberta e o rol previsto no texto constitucional é meramente exemplificativo, ampliando ainda mais o campo de direitos protegidos pelo constituinte.

Também com a promulgação da Constituição Federal de 1988, adotou-se o princípio da inafastabilidade da jurisdição como direito fundamental, previsto expressamente no art. 5º, XXXV, que assim dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Esse modelo constitucional analítico, juntamente com o abrangente sistema de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição brasileira, permitiu o alargamento das espécies de demandas levadas à apreciação do Judiciário, que passou a se debruçar frequentemente sobre discussões de natureza política e moral. O movimento de judicialização, portanto, não decorre de simples vontade dos jurisdicionados, mas sim da escolha do constituinte, que optou por expandir as hipóteses de atuação do Poder Judiciário.

Explica Luís Roberto Barroso (2011, p. 3):

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.

Daí, então, coube ao Judiciário brasileiro, como guardião da Constituição, o relevante papel de fazer valer os preceitos constitucionais, impondo ao Estado o cumprimento do seu dever constitucional de intervir ativamente na esfera social para promover o bem-estar social, notadamente no que tange à concretização dos direitos e garantias fundamentais. Complementa o mestre Luís Roberto Barroso (2011, p. 7-8):

O Judiciário, no Brasil recente, tem exibido, em determinadas situações, uma posição claramente ativista. Não é difícil ilustrar a tese. Veja-se, em primeiro lugar, um caso de aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de

manifestação do legislador ordinário: o da fidelidade partidária. O STF, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Criou, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional. Por igual, a extensão da vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, com a expedição de súmula vinculante, após o julgamento de um único caso, também assumiu uma conotação quase-normativa. O que a Corte fez foi, em nome dos princípios da moralidade e da imparcialidade, extrair uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa.

[...]

na categoria de ativismo mediante imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas, o exemplo mais notório provavelmente é o da distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial. [...]nas Justiças estadual e federal em todo o país, multiplicam-se decisões que condenam a União, o Estado ou o Município – por vezes, os três solidariamente – a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e municipais. Em alguns casos, os tratamentos exigidos são experimentais ou devem ser realizados no exterior.

A atuação criativa do Judiciário brasileiro, contudo, deve estar pautada no respeito à democracia e à discricionariedade do gestor público, sob pena de agravar o problema, e não solucioná-lo. Os riscos da judicialização e do ativismo judicial exacerbado serão abordados em tópico próprio.

2.4 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS E FAVORÁVEIS AO ATIVISMO JUDICIAL

Estudiosos dividem opiniões sobre o ativismo judicial.

Inegável que a Constituição de fato confere ao Judiciário o dever de decidir toda e qualquer demanda colocada à sua apreciação, à luz do princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto no art. 5º, XXXV, anteriormente transrito. Todavia, como bem explicado acima, o ativismo judicial é uma escolha do julgador, que opta por interpretar expansivamente a Constituição e decidir proativa e criativamente, inovando e invadindo a esfera de atuação típica de outros Poderes.

Para alguns, o ativismo judicial tem conotação negativa e representa incursão insidiosa sobre o núcleo de atuação dos demais Poderes (RAMOS, 2015). Ocorre em situações nas quais o Judiciário atua indevidamente, usurpando atribuições do Legislativo e do Executivo e sobrepondo-se abusivamente à independência desses Poderes.

Para outros, o ativismo judicial atende a anseios da sociedade, lesada pelas frequentes omissões do Poder Público, pela inéria do legislador ordinário ou pela efetiva violação a direito previsto no texto constitucional. Diante desse cenário, cabe ao Judiciário fazer valer os direitos fundamentais, os valores e procedimentos democráticos previstos na Constituição.

Nesse cenário, alguns argumentos devem ser considerados.

2.4.1 A violação ao princípio da separação dos poderes

Muitos argumentam que o ativismo judicial provoca a interferência do Judiciário nas funções típicas dos outros Poderes e violação ao princípio da separação dos poderes, que é pressuposto do constitucionalismo. Explica-se.

A Constituição Federal de 1988 adotou a teoria da tripartição dos poderes, cujas bases teóricas foram realizadas por Aristóteles e Montesquieu⁹, estabelecendo em seu art. 2º que: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Isso significa que cada Poder possui funções e competências próprias, estabelecidas constitucionalmente, e exercem controle um sobre o outro, reciprocamente, ao que se dá o nome de *checks and balances system*, ou teoria dos freios e contrapesos. Com isso, pretende-se evitar abusos no exercício do poder e garantir o Estado de Direito.

Sabe-se que o Poder Legislativo exerce tipicamente a função legislativa, consistente na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras na ordem jurídica (leis); ao Poder Executivo, cabe a função executiva, que se distingue em função de governo (com atribuições políticas, colegislativas e de decisão) e função administrativa (com basicamente três missões: intervenção, fomento e serviço público); por fim, ao Poder Judiciário, cabe a função jurisdicional de aplicar o direito ao caso concreto e resolver conflitos de interesse (SILVA, 2015, p. 108).

⁹ “As primeiras bases teóricas para a ‘tripartição de Poderes’ foram lançadas na Antiguidade grega por Aristóteles, em sua obra Política, em que o pensador vislumbrava a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano, quais sejam, a função de editar normas gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administrando) e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos casos concretos. [...] Muito tempo depois, a teoria de Aristóteles seria ‘aprimorada’ pela visão precursora do Estado liberal burguês desenvolvida por Montesquieu em seu *O espírito das leis*. O grande avanço trazido por Montesquieu não foi a identificação do exercício de três funções estatais. De fato, partindo desse pressuposto aristotélico, o grande pensador francês inovou dizendo que tais funções estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano (LENZA, 2017, p. 631-632).

Ocorre, contudo, que, muitas vezes, diante de omissões do legislador ou do gestor público, não resta outra saída a não ser recorrer ao Judiciário para buscar a concretização de certos direitos fundamentais. Atualmente, são comuns ações judiciais que pretendem o reconhecimento de direito à vaga em escola pública, à transferência de paciente em estado grave para leito de UTI, à concessão de medicamento não disponibilizado pela rede pública de saúde, dentre inúmeros outros exemplos.

Provocados a decidirem, os magistrados muitas vezes adentram em questões afetas às políticas públicas que, a rigor, caberiam ao Executivo. Em outras situações, através de uma hermenêutica jurídica expansiva, o julgador chega a inovar na ordem jurídica, criando direitos não previstos pelo legislador ordinário, desempenhando função tipicamente atribuída ao Poder Legislativo. É neste cenário que se instala a controvérsia sobre a interferência indevida do Poder Judiciário nas esferas dos outros Poderes.

O que os defensores do ativismo judicial argumentam em contraponto é que os juízes não podem ser meros aplicadores do direito, "*bouche de la loi*" ('boca da lei')¹⁰. Ao contrário, devem atuar como verdadeiros instrumentos de transformação social, atentos e atuantes frente às carências da sociedade, e suas decisões devem orientar-se por princípios e valores constitucionais, e não pela letra fria da lei.

A separação dos poderes não pode ser encarada como obstáculo para atuação do Judiciário na análise dos programas políticos do Estado, na concretização de direitos frente à omissão do poder público ou na invalidação de leis inconstitucionais, uma vez que, apesar da independência orgânica, há mecanismos previstos na Constituição para garantir o controle mútuo e o equilíbrio entre os Poderes.

Quando necessário, portanto, deve caber ao Judiciário criar políticas públicas ou compelir o Poder Executivo a fazê-lo, bem como inovar na ordem jurídica, fazendo surgir novos direitos e deveres, se assim demandar o caso concreto. A expansão da atribuição do Juiz é uma exigência da sociedade contemporânea, que espera do Judiciário soluções para efetivação dos preceitos constitucionais e defesa dos direitos humanos e valores substanciais (CUNHA JÚNIOR, 2015?, online).

¹⁰ A expressão corresponde à célebre frase de Montesquieu, na obra *O Espírito das Leis*: "o juiz é a boca que pronuncia as palavras da lei", que está relacionada à concepção tradicional da hermenêutica constitucional.

2.4.2 A legitimidade democrática das decisões judiciais ativistas

Sabe-se que os representantes dos Poderes Executivo e Legislativo são escolhidos pelo povo, através do voto direto e secreto (arts. 45, 46 e 77, da Constituição Federal¹¹), enquanto os membros do Judiciário ingressam na carreira mediante aprovação em concurso público de provas e títulos (art. 93, I, da Constituição Federal¹²).

Sendo assim, os críticos ao ativismo judicial costumam questionar a legitimidade democrática das decisões judiciais ativistas, tendo em vista que os membros do Poder Judiciário não são agentes públicos eleitos pelo voto popular. As decisões emanadas pelo Judiciário não poderiam, portanto, suprimir a vontade da maioria, consubstanciada nas leis elaboradas e aprovadas pelos membros do Poder Legislativo, representantes do povo, nem imiscuir-se em questões afetas às políticas públicas de responsabilidade do Poder Executivo.

Duas linhas filosóficas distintas relacionam a democracia com a forma de interpretar a Constituição Federal: a do proceduralismo e a do substancialismo. Explica Mariana Barbabella de Castro Ramos (2014, online):

O proceduralismo, defendido por Habermas, destaca que os Poderes Legislativo e Executivo possuem legitimidade conferida através do voto, o que não ocorre com o Poder Judiciário. [...] O proceduralismo não se preocupa com o ser humano, com o social ou com o econômico, mas apenas com os procedimentos formais. [...] Nessa perspectiva, somente os

¹¹ Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.

[...]
Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário.

[...]
Art. 77. A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República realizar-se-á, simultaneamente, no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 1997)

§ 1º A eleição do Presidente da República importará a do Vice-Presidente com ele registrado.

§ 2º Será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos.

[...]
Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Poderes Executivo e Legislativo poderiam implementar direitos sociais. O Judiciário jamais poderia fazer qualquer tipo de intervenção. Tal poder não poderia criar políticas públicas, mas tão somente controlar sua execução nos termos da própria Constituição Federal.

O substancialismo, por sua vez, adota valores e princípios e entende que o Poder Judiciário não pode ficar inerte diante das necessidades da sociedade. Há um alargamento do campo de atuação dos julgadores, os quais delimitarão o conteúdo e o significado do direito. Orienta-se pelos princípios e as decisões proferidas são dotadas de valores.

Em contraponto ao problema da legitimidade democrática das decisões ativistas, argumenta-se que, sob o ponto de vista normativo, a interpretação das normas legais e constitucionais para viabilizar o fiel cumprimento da lei é tarefa atribuída pela própria Constituição aos órgãos do Poder Judiciário, e não raras vezes recai sobre os julgadores a tarefa de atribuir sentido a expressões legais vagas, fluidas e indeterminadas, tais como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva. Inegável que, nessas situações, os magistrados tornam-se coparticipantes no processo de criação do Direito, de modo que o ativismo judicial pode, em parte, ser considerado inseparável da atividade judicante.

Complementam Jorge Renato dos Reis e Rogério Gesta Leal (2007, p. 2.102, *apud* Mariana Barbela de Castro Ramos, 2014, online):

A noção de Constituição aberta (Haberle), compreendida como uma Constituição viva e plena de direitos, não pode subsistir sem uma estreita conexão com a realidade da qual emana e a qual se destina. Nesse contexto de interação com a sociedade, não se pode, por sua vez, compreender uma jurisdição constitucional afastada ou desconectada deste aspecto, de maneira que o seu papel e a sua legitimidade passam, também e necessariamente, pela sua abertura, ou seja, uma Constituição aberta pressupõe, como já dissemos, uma *jurisdição aberta*, concebida como um espaço privilegiado de participação democrática e cidadã, que avança com relação às posições paternalistas típicas do substancialismo, porém sem incorrer unicamente na observância dos procedimentos, sendo, antes, potencializada e qualificada pelos aspectos materiais.

Luís Roberto Barroso aponta como forte ponto positivo do ativismo judicial o fato de que, através dele, o Judiciário tem conseguido atender a demandas da sociedade que deveriam ser satisfeitas pelo parlamento, mas não o foram, por um motivo ou por outro (2011, p. 9)¹³.

¹³ Como ponto negativo, o mesmo autor ressalta que o ativismo judicial “exibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica. A adiada reforma política é uma necessidade dramática do país, para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil. Decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados. Mas não há

Destaca o autor ainda que “A maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial” (2011, p. 11). Por óbvio, cabe ao Judiciário, na sua tarefa de interpretar e concretizar o direito posto, observar valores e fins constitucionais, mas nunca suprimir, através de decisões ativistas, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo.

2.4.3 A politização da justiça

As Constituições contemporâneas, especialmente as surgidas a partir da segunda metade do século XX (pós-Segunda Guerra), preocuparam-se em estabelecer expressamente prioridades políticas do Estado e vincular programas estatais à consolidação daqueles valores. Daí advém o fenômeno que ficou conhecido como judicialização da política. Explica Dirley da Cunha Júnior (2015?, online):

[...] cumpre observar que, desde o início do século passado, com o advento das Constituições do México (1817) e da Alemanha (1919), percebemos uma crescente judicialização da política, na medida em que as Constituições passaram a incorporar em seus textos, objetivos e diretrizes políticas, transformando em questões jurídicas as questões de política. Qualificadas como questões jurídicas, as atividades políticas do Estado, quando não regularmente cumpridas, submetem-se ao crivo do Judiciário, aqui residindo a própria essência da judicialização da política.

Provocado a decidir sobre essas questões, o juiz é obrigado a, direta ou indiretamente, exercer função política, atividade que, a rigor, não lhe é própria, fazendo-o como resultado de sua alta independência e criatividade. Ocorre, então, o que se passou a chamar de politização da justiça.

Aqui residem muitas das críticas voltadas ao ativismo judicial. Para os críticos, o juiz deve ser imparcial e não deve decidir de acordo com suas convicções pessoais. A política está associada às atividades desempenhadas pelo Legislativo, que possui legitimidade para produção leis de observância obrigatória por todos, enquanto que aos tribunais deve caber a aplicação dessas leis, as quais, ainda que controversas, devem ser tratadas e interpretadas tecnicamente, à luz da

democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade” (2011, p. 9-10).

Constituição e do ordenamento jurídico como um todo. Ocorre que, se as decisões judiciais que se proponham a efetivar direitos possuírem implicações políticas, a política certamente se fará presente no processo de tomada dessa decisão.

O que se argumenta em contraponto é que o modo como a política pelo Judiciário é feita nesse contexto é, e deve ser, diferente do modo como ela é conduzida pelos outros Poderes.

Note-se que o juiz é obrigado a decidir sobre toda e qualquer matéria posta à sua apreciação, ainda que de natureza política, em razão da inafastabilidade da jurisdição. Em paralelo, suas decisões devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade, em respeito ao princípio constitucional da motivação das decisões judiciais, expresso no art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988¹⁴. Esse dever constitucional de fundamentação de seus *decisums*, evita que o juiz decida arbitrariamente, tendenciosamente. Assim, mesmo quando proferir decisão de natureza política, o julgador deve balizá-la a partir da Constituição e das leis, e não por vontade política própria.

Nesse contexto, ensina Celso Fernandes Campilongo (2002, p. 61):

A função política do magistrado resulta desse paradoxo: o juiz deve, necessariamente, decidir e fundamentar sua decisão em conformidade com o direito vigente; mas deve, igualmente, interpretar, construir, formular novas regras, acomodar a legislação em face das influências do sistema político.

Nesse sentido, sem romper com a clausura operativa do sistema (imparcialidade, legalismo e papel constitucional preciso) a magistratura e o sistema jurídico são cognitivamente abertos ao sistema político. Politização da magistratura, nesses precisos termos, é algo inevitável.

O mestre Luís Roberto Barroso complementa sabiamente (2011, p. 13-14):

Direito é política no sentido de que (i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; (iii) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer

¹⁴ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

ideologia e, consequentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula. A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente. Evidentemente, Direito *não é* política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas. O facciosismo é o grande inimigo do constitucionalismo. [...] Em rigor, uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena. Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto. O dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimidade

Por fim, não se deve perder de vista que, embora não eleitos, os juízes exercem seus poderes de maneira representativa (em nome do povo) e, como tal, devem atuar em sintonia com o sentimento social. Se a judicialização da política e a politização da justiça forem inevitáveis, os magistrados devem ter a consciência de conduzir suas decisões levando em consideração as expectativas da sociedade e os prováveis efeitos no meio social, tudo lapidado pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente.

3 O ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO PARA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O tema central deste trabalho envolve a análise da atuação do Poder Judiciário diante de situações prejudiciais à efetiva fruição de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Adiante, apontaremos inicialmente os aspectos mais relevantes para necessária compreensão da correlação existente entre os direitos fundamentais e as políticas públicas.

Em seguida, abordaremos o papel constitucional Poder Judiciário na proteção de direitos fundamentais e verificaremos de que forma os magistrados podem ou devem atuar diante do omissões do Poder Público que inviabilizem a concretização desses direitos. Pretendemos, especialmente, estudar situações em que o legislador ordinário e o administrador público falharam em seus respectivos deveres constitucionais de criação, desenvolvimento e execução de políticas públicas para promoção e proteção dos direitos fundamentais.

Analisaremos, por oportuno, algumas decisões muito relevantes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre direitos fundamentais individuais e coletivos, nas quais houve intensa atividade criativa dos magistrados e inovação da ordem jurídica para o fim de garantir a proteção e a concretização de direitos e garantias previstos na Constituição Federal de 1988.

3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Fala-se que os direitos fundamentais são o núcleo existencial mínimo de necessidades de qualquer ser humano. Saúde, educação, moradia, meio ambiente equilibrado, lazer, liberdade, dignidade, segurança e muitos outros correspondem aos anseios de todos e, diante do caráter solidário que é próprio dessa classe de direitos, negá-los a uma pessoa significa negá-los a todas as demais, afastando-as da condição humana (OLIVEIRA JÚNIOR, 2009, 34-35).

As políticas públicas aparecem nesse contexto como instrumentos de concretização desses direitos fundamentais, favorecendo sua aplicabilidade imediata e otimizando os mandamentos constitucionais, sob pena de controle judicial.

Relevante conceituar, desde já, políticas públicas como os planos, metas e ações traças pelos governos, visando alcançar o bem-estar social. Melhor explica Valdir Ferreira de Oliveira Junior (2009, p. 9-10):

A política pública é um mandamento finalístico, estabelece um fim ou objetivo que fomenta ou realiza determinado direito, passando a compor seu regime jurídico. As **políticas públicas constitucionais** possuem natureza **constitucional-fundamental** conforme insito nos artigos 3º e 4º, parágrafo único, da CRFB ou **constitucional-geral**, também previstos nos artigos 23, 43, 182, 193, 196, 201, 203, 205, 206 e 207, 210, 217, 218, da CRFB.

As **políticas públicas infraconstitucionais** (bolsa família, fome zero, educação para todos, centro de apoio a família, habitação populares, incentivo ao pequeno produtor, etc.) em nossa concepção, devem ocupar o referencial concretizador dos direitos fundamentais e humanos, sujeitas aos parâmetros de controle judicial fundamentado nos princípios da proteção eficiente, da cláusula impeditiva de retrocesso e do dever de maximização dos efeitos diante das possibilidades fáticas e preservando o núcleo essencial mínimo (mínimo existencial) de cada direito fundamental ou humano. [grifo original]

E como bem aponta Andreas Krell (2002, p. 19-20):

O Estado, mediante leis parlamentares, atos administrativos e a criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas “políticas públicas” (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.

No planejamento e execução das políticas públicas, as escolhas legislativas, executivas, orgânicas e populares devem estar aproximadas da ideia de justiça social e dos valores constitucionais, dignos do Estado Democrático de Direito. Neste ponto, vale citar os ensinamentos de Valdir Ferreira de Oliveira Junior (2009, p. 3-4):

A concretização dos direitos fundamentais a partir de políticas públicas infraconstitucionais passa, inicialmente, pela análise da compatibilidade entre tais políticas e o sistema constitucional de proteção aos direitos fundamentais e, nesse contexto, pode-se depreender que as políticas públicas definidas legislativamente, num espaço de democracia participativa, devem otimizar os mandamentos constitucionais fundamentais, favorecendo a sua aplicabilidade imediata e impondo aos poderes públicos a impossibilidade de retrocesso social em termos daquilo que já foi alcançado e o dever de progresso para alcançar novas possibilidades de concretização.

O Estado deve se organizar de maneira racional e eficaz para cumprir os fins que a Constituição lhe impõe, legitimando-se na medida que consegue garantir e tornar eficazes os direitos fundamentais nela previstos. A propósito, vale conferir mais uma valiosa lição de Valdir Ferreira de Oliveira Junior (2009, p. 9-12):

Não se trata de elaborar uma lista sofisticada de *direitos fundamentais*, mas repensar o papel das Instituições, da sociedade, do Estado e da Ciência do Direito, em torná-los efetivos. Propostas como a máxima efetividade, o mínimo existencial, as proibições de retrocesso e de excesso, os deveres de proteção e de progresso, a vinculação dos setores público e privado aos direitos fundamentais, a eficácia horizontal direta e a teoria da ponderação, constituem possibilidades de afirmação dos direitos fundamentais na realidade social brasileira.

O Poder Executivo, no Estado Solidarista, passa a executar novo tipo de norma jurídica: a **política pública** (criada pelo Poder Legislativo e controlada pelo Poder Judiciário, com participação ativa do Ministério Público, Defensoria Pública e do povo na otimização dos seus efeitos). [...] Ao Legislativo cabe a tarefa de concretizar, em nível político-legislativo, a partir do texto da norma constitucional, através de decisões políticas com densidade normativa, os atos legislativos, os preceitos da Constituição (CANOTILHO, 2002, p. 1206). Posteriormente lhe incumbe o dever democrático de produzir leis simples e acessíveis às camadas sociais mais carentes, num diálogo aberto à participação ativa de todos os destinatários da norma; em suma, é preciso legislar objetivando atingir o interesse público primário (do povo) e fundamentalmente em defesa das comunidades carentes de amparo social, político e econômico. (grifo original)

Tudo isso se dá por considerar-se indiscutível que a concretização da dignidade humana está intrinsecamente relacionada à realização dos direitos fundamentais básicos da sociedade, o que se alcança mediante políticas públicas adequadas e suficientes.

Argumenta-se que tudo deve começar pelo conhecimento das disposições constitucionais. É preciso que os governantes e, principalmente, a sociedade como um todo tenha razoável conhecimento dos direitos fundamentais que lhes são assegurados pela Constituição Federal. Isso deve ser incentivado ainda nos centros escolares, de maneira a inspirar o sentimento constitucional em nossas crianças e adolescentes e, consequentemente, a realização efetiva de importantes direitos e valores.

O melhor caminho para lutar pela concretização de direitos é conhecendo-os intimamente. É assim que surgirão ideias de como efetivá-los, servindo as políticas públicas como instrumento e verdadeiro catalizador de direitos fundamentais. Isto porque, conforme afirma Valdir Ferreira de Oliveira Junior, “a Constituição é o

principal instrumento de defesa social que adquire vida através do processo de concretização das suas normas" (2009, p. 7).

3.2. AS OMISSÕES DO PODER PÚBLICO

O Ministro Celso de Mello, em seu discurso na posse de Gilmar Mendes na presidência da Corte e de Cesar Peluso na vice-presidência, declarou (2008, 12-13):

A omissão do Estado — que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional — qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de desapreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.

O trecho revela a opinião da maior parte dos estudiosos no assunto, que entende que eventual falha do Poder Público no desenvolvimento ou execução de políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais recai na possibilidade de controle judicial. Esse entendimento, apesar de ser o mais assentado na doutrina e jurisprudência pátrias, ainda desperta posições antagônicas, especialmente sob a argumentação de violação à separação dos poderes.

Sendo caso de deficiência de política pública já existente e em execução, argumenta-se o cabimento de intervenção judicial para controle da otimização e do dever de progresso, sob o fundamento do princípio constitucional da eficiência.

Havendo extinção ou retrocesso de política pública preexistente, o controle judicial recai na cláusula de vedação ao retrocesso, não sendo possível a modificação ou extinção de política pública sem sua substituição por outra que ofereça igual ou maior proteção ao direito fundamental em questão.

A propósito, diante de uma situação excepcional na qual uma norma constitucional de direito fundamental precise de atuação do legislador, sendo esta lei editada, ela não poderá simplesmente ser revogada. Explica-se. Admitindo-se a hipótese de retorno ao vazio jurídico existente antes da lei ordinária editada, haveria um retrocesso da aplicabilidade da norma definidora de direito fundamental, o que

não é aceitável. Ressalte-se que um dos efeitos reconhecidos pela doutrina em relação a normas programáticas é justamente a eficácia impeditiva do retrocesso social, o que dá origem ao princípio da vedação ao retrocesso social. Por exemplo, no caso do art. 5º, XXXII (“O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”), o Código de Defesa do Consumidor (atual Lei nº 8.078/90) pode ser modificado ou substituído, mas não pode ser revogado.

O núcleo fundamental ou essencial dos direitos sociais já realizados e efetivados através de medidas legislativas deve ser considerado garantido constitucionalmente, sendo inconstitucionais quaisquer medidas do poder público que, sem a criação de outros esquemas, alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática em uma revogação, anulação ou aniquilação pura e simples do núcleo essencial.

Nota-se, assim, que a Constituição Federal de 1988 impõe um duplo dever ao legislador no que diz respeito às normas de direitos fundamentais que exigem uma legislação ordinária:

- Dever de legislar: se o legislador não o cumpre, haverá inconstitucionalidade por omissão total (lei inexistente) ou parcial (lei insuficiente), bem como uma violação ao princípio da proporcionalidade, sob o aspecto da proibição da proteção insuficiente;
- Dever de preservar a legislação: uma vez editada a norma infraconstitucional necessária para aplicabilidade de uma norma constitucional de eficácia excepcionalmente programática que diga respeito a direito fundamental, a mesma não pode ser simplesmente revogada, sob pena de violação do art. 5º, §1º/CF e ao princípio da vedação ao retrocesso.

3.3 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO PARA GARANTIR EFETIVIDADE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA CF/88

Em um cenário omissivo do Estado, o Poder Judiciário aparece como a “última trincheira de defesa dos direitos fundamentais”, para utilizar expressão criada pelo mestre Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 227). Para além de considerar e respeitar os direitos fundamentais em suas decisões, cabe também a este Poder o dever constitucional de controle da atuação dos demais poderes. Em casos de

omissão, a intervenção do Judiciário e o ativismo judicial garantem o funcionamento do constitucionalismo democrático.

Diante da inexistência de determinada política pública, cabe ao Poder Judiciário condenar o Executivo em obrigação de fazer, sob pena de multa ou de outras penalidades, atuando como verdadeiro administrador positivo, ou, havendo omissão legislativa, suprir a ausência da norma, atuando como legislador positivo. Eventual omissão inconstitucional pode ser objeto de controle judicial pelas vias da ação civil pública, ação popular, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, mandado de segurança, mandado de injunção ou mero exercício amplo do direito de ação. É justamente nesse cenário que se desperta a atividade criativa do magistrado competente para decidir de modo a proteger e efetivar o direito fundamental prejudicado.

Não custa relembrar que o Poder Judiciário tem a obrigação constitucional de apreciar e julgar quaisquer conflitos de interesses postos à sua análise (art. 5º, XXXV/CF). Junte-se a isto o fato de que a Constituição Federal de 1988 confere aplicabilidade imediata às normas definidoras de direito fundamental (art. 5º, §1º/CF), o que significa que não dependem, em regra, de regulamentação pelo legislador ordinário.

A plena aplicabilidade dos direitos fundamentais vinculados a prestações positivas do Estado (direitos sociais, econômicos etc.) tem dificuldades adicionais, pois tratam-se de direitos que envolvem grande número de normas programáticas, necessidade de políticas públicas complexas para sua implementação e gasto público elevado. Por estas razões, alguns defendem que os direitos fundamentais vinculados a prestações positivas são aplicáveis na medida do possível e do razoável.

Abre-se, então, a discussão sobre a **teoria da reserva do possível**, também chamada de teoria da escolha trágica. Essa teoria traduz a necessidade de se fazer uma escolha quanto a quais direitos se vai atender quando, para a realização desses direitos, é necessário um gasto muito grande e os recursos financeiros disponíveis são insuficientes.

Sobre sua origem, remonta ao direito constitucional alemão. Na década de 70, a Corte Constitucional alemã se pronunciou sobre um caso que envolvia a quantidade de vagas nas universidades públicas, insuficientes para atender a todos

os estudantes. Os prejudicados ajuizaram ação judicial argumentando que tinham direito, de acordo com a Constituição alemã, a ingressarem nas universidades.

A Corte Constitucional alemã, aplicando a teoria da reserva do possível, entendeu que o direito a uma prestação positiva dependia da reserva do possível, só podendo o cidadão exigir do Estado o que fosse racionalmente razoável supor que o Estado tivesse condições de prestar. Ou seja, não é possível ao Estado conceder tudo o que as pessoas pretendem, mas apenas aquilo que seja razoável exigir diante das possibilidades (especialmente financeiras) do Poder Público.

Explicam Sylvio Motta Filho e Gustavo Barchet (2007, p. 333):

[...] O fato de a maioria dos direitos sociais dependerem da disponibilidade financeira do Estado para sua plena fruição fez com que fosse elaborada pela doutrina o que se denominou “cláusula da reserva do possível” no sentido de que o Poder Executivo, responsável pela construção das políticas públicas atinentes à concretização dos direitos sociais, não pode ser coagido a efetivá-las pelo Poderes Legislativo e Judiciário, já que àquele Poder cabe determinar a forma como serão aplicados os recursos públicos. Enfim, o Poder Executivo, se possível (se para tanto dispuser de recursos financeiros), deve implementar as políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos sociais, não podendo ser coagido a tanto pelos Poderes Legislativo e Judiciário. Paulatinamente, objetivando-se a concretização dos direitos sociais, vai perdendo força tal perspectiva [...].

A reserva do possível, contudo, não pode servir como desculpa para que o Estado deixe de realizar os direitos fundamentais prestacionais. Não é possível que o Estado, invocando esta teoria, deixe de prestar direitos fundamentais ou retroceda na prestação dos direitos fundamentais de cunho social ou econômico. É necessário que o Estado ao menos assegure o **mínimo existencial**. Em suma: a teoria da reserva do possível encontra limites na concretização do mínimo existencial das pessoas, o qual encontra fundamento na própria Constituição Federal de 1988, a partir de uma interpretação sistemática e teleológica de seus dispositivos.

O STF já se pronunciou várias vezes sobre o tema, cabendo, por oportuno, citar trecho da emblemática decisão proferida pelo Min. Celso de Mello, na ADPF 45:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de **condições materiais mínimas de existência**. (...) Cumpre advertir, desse modo, que a **cláusula da ‘reserva do possível’** - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - **não pode ser invocada, pelo**

Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...) (ADPF 45 MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática de 29/04/2004). (grifamos)

E mais:

AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. Agravio regimental a que se nega provimento. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF). 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, **esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas.** 4. Agravio regimental a que se nega provimento.” (RE 642536 AgR, Relator (a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 05/02/2013). (grifamos)

Defensoria Pública. Implantação. **Omissão estatal que compromete e frustra direitos fundamentais de pessoas necessitadas. Situação constitucionalmente intolerável.** O reconhecimento, em favor de populações carentes e desassistidas, postas à margem do sistema jurídico, do “direito a ter direitos” como pressuposto de acesso aos demais direitos, liberdades e garantias. Intervenção jurisdicional concretizadora de programa constitucional destinado a viabilizar o acesso dos necessitados à orientação jurídica integral e à assistência judiciária gratuitas (CF, art. 5º, inciso LXXIV, e art. 134). Legitimidade dessa atuação dos Juízes e Tribunais. **O papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo Poder Público.** A fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Estado. A teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”). Controle jurisdicional de legitimidade sobre a omissão do Estado: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso). Doutrina. Precedentes. A função constitucional da Defensoria Pública e a essencialidade dessa instituição da República. Recurso extraordinário

conhecido e provido (AI 598212 ED, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 25/03/2014). (grifamos)

Assim, a reserva do possível não pode justificar a omissão total das prestações relativas aos direitos fundamentais, sendo devido, pelo menos, o mínimo existencial. Do mesmo modo, não pode justificar o retrocesso social. Nesse contexto, **o Poder Judiciário pode determinar a implementação de políticas públicas sem que isso signifique violação à separação de poderes.**

3.4 O ATIVISMO JUDICIAL E A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – BREVE ANÁLISE DE CASOS EMBLEMÁTICOS JULGADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ensina Dirley da Cunha Júnior que “nada é mais angustiante para o indivíduo do que se encontrar diante de um direito constitucionalmente reconhecido e ver-se, porém, impotente e privado de exercê-lo, em face da falta de vontade e da omissão dos órgãos do poder público, aos quais cumpria adotar as medidas fáticas e normativas necessárias a efetivação do discurso constitucional e dos direitos previstos” (2008, online).

O Supremo Tribunal Federal já foi colocado a apreciar e julgar diversos casos em tais circunstâncias, os quais tinham como ponto central a existência de determinado direito fundamental e a impossibilidade de concretizá-lo, em maior ou menor grau.

Como visto, a efetivação dos direitos fundamentais se faz em grande parte através do desenvolvimento e execução de políticas públicas, por parte do Estado. Em casos de omissões das mais diferentes espécies, seja por inexistência, insuficiência, modificação ou extinção de ato do poder público que inviabilize ou restrinja desarrazoadamente o exercício de determinado direito fundamental, a Corte é chamada a analisar o caso concreto e solucioná-lo à luz dos valores e princípios de nossa Constituição Federal. Não raras vezes, a atividade dos julgadores precisa extrapolar os limites de normas e programas de governo já existentes, decidindo criativamente e inovando na ordem jurídica, tudo para garantir a efetiva e completa concretização de direito fundamental violado.

A respeito, vale conferir mais um relevante trecho do discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello, na posse de Gilmar Mendes na presidência da Corte e de Cezar Peluso na vice-presidência (2008, 12-13):

[...] Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inérvia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. (grifamos)

Há quem defenda que o ativismo judicial é fruto da exigência da sociedade contemporânea, que, decepcionada com o fraco desempenho dos poderes Executivo e Legislativo, espera que venham do Judiciário soluções para efetivação de direitos constitucionalmente previstos, mas ainda não concretizados pelo Poder Público. Essa demanda social provoca o crescimento das hipóteses de intervenção judicial no controle das políticas públicas e na análise dos programas políticos do Estado.

Para garantir a efetiva proteção de direitos e garantias constitucionais, permite-se ao Poder Judiciário papel mais criativo, com maior alcance de suas decisões. O conteúdo decisório é, então, permeado por caracteres inovadores, que vão além do descrito na norma infraconstitucional e nos atos do governo. A criatividade dos julgadores volta-se ao encontro de meios que levem à perfeita e completa obediência aos fins constitucionais. A jurisdição constitucional surge como novo elemento de inclusão social, e passa a contribuir diretamente na consecução dos objetivos fundamentais da República.

Nesse contexto, vale conferir a valiosa lição de Valdir Ferreira de Oliveira Junior (2009, p. 11):

O Poder Judiciário não atua apenas com *legislador negativo* (declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo), atua também como *legislador positivo* (decisão em mandado de injunção para suprir a omissão legislativa, atuando na concretização do direito). De igual modo, atua como *administrador negativo* (declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade dos atos do Poder Executivo) e administrador positivo (decisão em que impõe a execução do orçamento para garantia de direitos – Lei Orçamentária como lei material; controle da omissão, do dever de otimização/progresso, da insuficiência/eficiência na execução das leis e políticas públicas, condenando o Estado em obrigação de fazer). Não estamos defendendo aqui a possibilidade de um “Governo dos Juízes”, mas a atuação razoável e proporcional do Poder Judiciário, através do *ativismo judicial* em face das omissões dos demais Poderes em concretizar os direitos expressos na Constituição Federal. (grifo original)

Pretendemos analisar adiante algumas importantes decisões do Supremo Tribunal Federal nas quais houve atividade criativa e inovadora dos magistrados para garantir a concretização de determinados direitos fundamentais.

3.4.1 Direito à vida

Dispõe o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do **direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...].”

Um dos casos mais emblemáticos envolvendo a análise do direito à vida talvez seja o da discussão sobre a **interrupção de gravidez de feto anencefálico**. Na ADPF 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, o Supremo Tribunal Federal precisou decidir acerca da (in)constitucionalidade da tipificação do aborto de feto anencefálico como crime previsto no Código Penal, quando comprovado, a partir de exames realizados ao longo da gestação, que o feto não tinha cérebro e não havia perspectiva de sobrevida após o parto.

Vale recordar que o aborto é conduta prevista no Código Penal brasileiro, que o considera crime contra a vida. Assim dispõe do CP:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento
Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: (Vide ADPF 54)
Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:
Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: (Vide ADPF 54)

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

O Código Penal foi publicado em 7 de dezembro de 1940. Àquela época, não havia recursos médicos e tecnológicos que possibilitassem o diagnóstico de anencefalia ainda durante o período gestacional, de modo que lei da década de 1940 não poderia prever disposições acerca do aborto de feto anencefálico. Com a evolução tecnológica, coube, então, ao Plenário do STF, nos autos da ADPF 54, analisar o atual cenário fático à luz da Constituição e decidir sobre o tema, o que o fez inovando no ordenamento jurídico. Vale conferir a ementa do julgado:

FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal (ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 27/04/2005).

A maioria dos ministros (o julgamento não foi unânime), entendeu pela interpretação extensiva das normas do CP que tratam sobre as hipóteses de aborto autorizadas pela lei (art. 128/CP), optando por enaltecer e concretizar direitos fundamentais ligados à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde (arts. 1º, III; 5º, *caput*, e incisos 11, III e X; e 6º, *caput*, da CF/88).

Em seu voto, o Ministro Relator Marco Aurélio destacou:

[...] não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. **A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres.** O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido. (grifamos)

Analizando o inteiro teor da decisão, notamos intensos traços de ativismo judicial, com a inovação do ordenamento jurídico no que tange à criação de uma nova hipótese de descriminalização do aborto, não prevista expressamente no Código Penal, mas sim fruto da atividade criativa dos julgadores da nossa Suprema Corte.

Outro exemplo de ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal na análise do direito à vida diz respeito ao julgamento sobre a **constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias**. A questão foi objeto da ADI 3510/DF, proposta pelo Procurador Geral da República e que teve o Ministro Carlos Ayres Britto como relator.

O art. 5º, da Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), autorizava e disciplinava as pesquisas científicas com embriões humanos resultantes dos procedimentos de fertilização *in vitro*, desde que inviáveis ou congelados há mais de três anos. Vejamos a redação do dispositivo:

Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º. Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º. Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º. É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

No julgamento da ADI 3510, o STF precisou definir o conceito de vida. Para o Procurador Geral da República, a Lei de Biossegurança violava o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, pois a vida humana começa a partir da fecundação.

Para pluralizar o debate e dar maior legitimidade à sua decisão, o STF realizou uma audiência pública¹⁵, em abril de 2007. A análise do tema demorou 3 (três) anos e, ao final, a Corte, por maioria, julgou improcedente a ADI 3510. A votação foi apertada, por 6 votos a 5, mas prevaleceu o voto do Relator no sentido de que as pesquisas com célula-tronco embrionária, nos termos da Lei de Biossegurança, não violam o direito à vida, tampouco a dignidade da pessoa humana. Vejamos trecho da ementa dessa importante decisão:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5a DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÉUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO.

[...]

III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O **Magno Texto Federal** não dispõe sobre o **início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa**. Não faz de todo e qualquer estádio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétreas está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de

¹⁵ A possibilidade de realização de audiência pública nos autos de ação direta de inconstitucionalidade está prevista no art. 20, §1º, da Lei nº 9.868/1999, que assim dispõe: "Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria".

transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: **o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana.** O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. **O embrião pré-implante é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.** [...] (ADI 3510/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. em 29/05/2008). (grifamos)

Trata-se de decisão criativa do STF, que inovou no ordenamento jurídico ao conceituar a vida humana para fins legais. Merece destaque o entendimento do STF no sentido de que a vida humana começa com o surgimento do cérebro, o qual, por sua vez, só surge após a introdução do embrião no útero da mulher. Esse entendimento está alinhado com as disposições do art. 3º, da Lei de Transplantes¹⁶, o qual estabelece a possibilidade de transplante após a constatação da morte encefálica. Ou seja, a vida humana estaria ligada ao funcionamento do cérebro.

3.4.2 Direito à liberdade

Também no *caput* do art. 5º, da Constituição Federal, está previsto o direito fundamental à liberdade.

O Supremo Tribunal Federal já precisou debruçar-se incontáveis vezes sobre o tema e, em algumas de suas decisões, decidiu criativamente, interpretando o instituto de maneira extensiva e inovadora. Analisaremos abaixo três dos mais relevantes julgados envolvendo a temática.

O primeiro deles deve ser acerca da **prisão civil do depositário infiel**. No julgamento do RE 466.343/SP, em dezembro de 2008, por 5 votos a 4, o STF modificou seu antigo entendimento e decidiu pela inadmissibilidade da medida. Vejamos:

¹⁶ "Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina".

PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. E ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (RE 466.343/SP, Rel. Min. Cesar Peluso, Tribunal Pleno, j. em 03/12/2008).

O STF, ao decidir, considerou o fato de que o Brasil é signatário de tratados internacionais que vedam a prisão do depositário infiel, dentre os quais vale citar o Pacto de San José da Costa Rica. No entendimento da Corte, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que não forem incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro na forma estabelecida pelo art. 5º, § 3º, da Constituição Federal (“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”), quando teriam natureza de norma constitucional, têm natureza de normas supralegis e paralisam eficácia das disposições infraconstitucionais em sentido contrário. Explica Luís Roberto Barroso (2011, p. 24):

Diante da circunstância de o Brasil ser signatário do Pacto de San José da Costa Rica, que restringe a prisão por dívida ao descumprimento inescusável da prestação alimentícia, passou a considerar derrogadas as leis que previam a prisão do depositário infiel, inclusive nas hipóteses de alienação fiduciária e de depósito judicial. O Tribunal se dividiu em relação à posição hierárquica dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos firmados pelo Brasil. Prevaleceu nos julgamentos a tese do Ministro Gilmar Mendes, que sustentou o status supra-legal, mas infraconstitucional de tais atos. Ficaram vencidos, no ponto, os Ministros Celso de Mello, Cesar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie. O Ministro Marco Aurélio entendeu não ser indispensável uma definição sobre este ponto para fins daqueles julgamentos e absteve-se de se pronunciar sobre ele.

Por oportuno, vale fazer alguns esclarecimentos adicionais sobre a matéria.

Notamos que há uma colisão entre o disposto na CF/88 e na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Isto porque estabelecem:

Constituição de 1988

Art. 5º. [...]

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)

Art. 7º. [...]

§ 7º. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

O Pacto de São José da Costa Rica é de 1969, mas foi promulgado no Brasil pelo Decreto nº 678/1992, posterior à CF/88. Este Pacto não admite a prisão do depositário infiel, mas sim somente a do devedor de alimentos, confrontando com a CF/88, que admite as duas exceções. Como o Pacto confere maior proteção à liberdade das pessoas, terminou-se por prevalecer sua aplicação. Ou seja, pacificou-se o entendimento de que a prisão do depositário infiel não é possível, apesar de existir autorização expressa nesse sentido na CF/88.

Pondo fim à discussão, o STF editou a Súmula Vinculante nº 25, em 23 de dezembro de 2009, estabelecendo expressamente: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito". Como consequência, hoje, a única hipótese de prisão civil admitida é a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia.

Outro importante julgamento da Suprema Corte envolvendo o direito à liberdade, no qual houve ativismo por parte dos magistrados, diz respeito à **restrição ao uso de algemas**. Para o STF, o uso de algemas tem como balizamento jurídico necessário os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Como desdobramento do julgamento do HC 91.952/SP, foi editada a Súmula Vinculante nº 11, com o seguinte teor: "Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado".

Por sua relevância, cabe destacar trechos do voto do Min. Carlos Ayres Britto nos autos do HC 91.952/SP:

[...] se desfilarmos pela passarela da Constituição, nesse âmbito mesmo dos direitos individuais e, portanto, fundamentais, encontraremos outros dispositivos que cimentam o juízo da excepcionalidade do uso das algemas. É sabido que as algemas constrangem fisicamente, psicologicamente,

abatem senão a moral o moral do preso, do algemado, e evidente que o seu uso desnecessário ou não fundamentado - já chegarei lá - começa por violar o inciso III do artigo 5º da Constituição, segundo o qual: "*III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;*" [...]

Depois, a Constituição mesmo avança para dizer que é assegurado ao preso - e o algemado é um preso - o respeito à integridade física e moral dele. [...]

Tive oportunidade de dizer que, quando se faz uso das algemas desnecessariamente, provoca-se um estado de exacerbação - vamos dizer, uma exacerbação, uma exasperação, um agravio no estado da privação da liberdade de locomoção. Quer dizer, **é preciso separar o estado de privação da liberdade que pode, no caso concreto, ter um fundamento legal, estar respaldado pelo direito a partir da Constituição, porém, o uso desnecessário das algemas passa a significar um agravamento, uma exasperação no estado de privação da liberdade do preso** e, portanto, justificando até o manejo de um *habeas corpus*, não para soltar o preso, mas para que ele não se veja algemado; é autônomo. (grifamos)

Assim, inovando no ordenamento jurídico, o STF decidiu por considerar o uso de algemas medida excepcional, restringindo-o aos casos em que se verifique periculosidade do agente ou risco concreto de fuga, devidamente justificado.

Vejamos, por fim, um último exemplo de ativismo judicial envolvendo o direito de liberdade, dessa vez envolvendo a **liberdade de manifestação de pensamento**, prevista expressamente no inciso IV do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, que assim estabelece: "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato".

Ao julgar a ADPF 187, a Suprema Corte interpretou extensivamente o direito fundamental da liberdade de expressão, ao decidir pela constitucionalidade da "marcha da maconha", que consiste em eventos públicos nos quais os participantes se manifestam favoravelmente à descriminalização da referida droga.

Em votação por 8 votos a 0, os magistrados consideraram legítimo o movimento e respaldaram a decisão nos direitos fundamentais da livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV) e de reunião (art. 5º, XVI). No Informativo nº 631, de junho de 2011, do Supremo Tribunal Federal, foi noticiado o seguinte:

Por entender que o exercício dos direitos fundamentais de reunião e de livre manifestação do pensamento devem ser garantidos a todas as pessoas, o **Plenário julgou procedente pedido formulado em ação de descumprimento de preceito fundamental para dar, ao art. 287 do CP, com efeito vinculante, interpretação conforme a Constituição, de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos.**

[...] verificou-se que a marcha impugnada mostraria a interconexão entre as liberdades constitucionais de reunião — direito-meio — e de manifestação

do pensamento — direito-fim — e o direito de petição, todos eles dignos de amparo do Estado, cujas autoridades deveriam protegê-los e revelar tolerância por aqueles que, no exercício do direito à livre expressão de suas idéias e opiniões, transmitirem mensagem de abolicionismo penal quanto à vigente incriminação do uso de drogas ilícitas. Dessa forma, esclareceu-se que **seria nociva e perigosa a pretensão estatal de reprimir a liberdade de expressão, fundamento da ordem democrática**, haja vista que não poderia dispor de poder algum sobre a palavra, as idéias e os modos de sua manifestação. Afirmou-se que, quanto a livre expressão do pensamento não se revista de caráter absoluto, destinar-se-ia a proteger qualquer pessoa cujas opiniões pudesse conflitar com as concepções prevalecentes, em determinado momento histórico, no meio social. **Reputou-se que a mera proposta de descriminalização de determinado ilícito penal não se confundiria com ato de incitação à prática do crime, nem com o de apologia de fato criminoso.** Concluiu-se que a defesa, em espaços públicos, da legalização das drogas ou de proposta abolicionista a outro tipo penal, não significaria ilícito penal, mas, ao contrário, representaria o exercício legítimo do direito à livre manifestação do pensamento, propiciada pelo exercício do direito de reunião. O Min. Luiz Fux ressaltou que deveriam ser considerados os seguintes parâmetros: 1) que se trate de reunião pacífica, sem armas, previamente noticiada às autoridades públicas quanto à data, ao horário, ao local e ao objetivo, e sem incitação à violência; 2) que não exista incitação, incentivo ou estímulo ao consumo de entorpecentes na sua realização; 3) que não ocorra o consumo de entorpecentes na ocasião da manifestação ou evento público e 4) que não haja a participação ativa de crianças e adolescentes na sua realização. (grifamos)

O art. 287, do Código Penal brasileiro estabelece pena de detenção, de três a seis meses, ou multa, para quem praticar o crime de apologia de crime criminoso, consistente em “Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime”. Com sua decisão inovadora, o STF restringiu o alcance da norma para afastar qualquer interpretação que caracterizasse a criminalização da manifestação de pensamento a favor da descriminalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos. Esse posicionamento, além de fundamentado nas garantias dos direitos à informação e de liberdade de expressão, também encontra respaldo no direito de reunião, na dignidade da pessoa humana, na democracia e na cidadania.

3.4.3 Direito à igualdade

O art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. À luz da Constituição, o que se pretende é a busca pela igualdade material (perante os bens da vida), e não apenas pela igualdade formal (perante a lei).

Uma decisão atísta e histórica da Suprema Corte que analisou o direito fundamental à igualdade foi a proferida nos autos da ADI 4277 e da ADPF 123, que trataram do **reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar**.

Estabelece o Código Civil brasileiro, em seu art. 1.723, que “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. A literalidade do dispositivo levava o entendimento majoritário de que a diversidade de sexos era requisito essencial para configuração da união estável e validade do casamento.

Aos poucos, a doutrina e a jurisprudência começaram a entender que “a ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º, da LINDB)” (TJRS, Apelação Cível nº 70013801592, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. em 05/04/2006).

O tema chegou ao Supremo Tribunal Federal através da propositura das ADI 4277 e ADPF 123, tendo o tribunal decidido pela constitucionalidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Foi dada interpretação conforme à Constituição para excluir qualquer significado dado ao art. 1.723/CC que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Além do direito fundamental à igualdade (art. 5º, *caput*) a fundamentação da decisão também firmou-se na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III - regra-matriz dos direitos fundamentais), na não-discriminação (art. 3º, IV - objetivo fundamental da RFB) e no direito à intimidade (art. 5º, X).

Dada a relevância do julgado, vejamos a integralidade da ementa:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO**. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. **PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO**, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL

DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. **O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualdade jurídica.** Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. **Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da “dignidade da pessoa humana”:** direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétreia. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCTIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotómica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). **Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família.** Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reductionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem

hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. **Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família.** A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Plenário, j. em 05/05/2011). (grifamos)

Mencione-se, por fim, que, como consequência dessa decisão histórica, e diante do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.183.378/RS¹⁷, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 175/2013, que dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.

¹⁷ Ementa: DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. [...]

3.4.4 Direito à saúde

Trata-se, possivelmente, do mais conhecido e emblemático tema de ativismo judicial promovido pelo Supremo Tribunal Federal. Antes de analisar precedentes relevantes sobre o assunto, cabe fazer algumas considerações.

A saúde é um direito assegurado constitucionalmente a todos, inerente à vida, fundamental à dignidade humana, sendo dever do Estado prover condições indispensáveis ao seu pleno e irrestrito exercício. A própria Constituição Federal de 1988 assevera que:

Art. 196: A saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Nesses termos, não há dúvidas quanto ao caráter de direito fundamental inerente ao direito à saúde, o que significa que tal direito possui uma dimensão positiva, que obriga o Estado a protegê-lo, podendo ser exigido da União, dos Estados e dos Municípios - de forma isolada ou solidária, por meio direto ou, no caso de indeferimento administrativo, pela via judicial, através de ações efetivas para a tutela desse direito.

Um dos casos mais comuns de demandas judiciais envolvendo direito à saúde diz respeito a pedidos de fornecimento de medicamento de alto custo essencial para tratamento de saúde, não fornecido pela rede pública através do Sistema Único de Saúde – SUS. Tais casos exigem uma conduta enérgica do Poder Judiciário no sentido de fazer com que o Executivo, nos diversos níveis da federação, não ignore o direito fundamental do cidadão.

Ingo Wolfgang Sarlet (2018, online) explica:

Embora os números que envolvem a intervenção judiciária nessa seara, portanto, no processo de proteção e promoção da saúde (e, portanto, na esfera da efetividade do direito à proteção e promoção da saúde) sejam constantemente divulgados — em especial para efeitos de um olhar crítico em relação à judicialização — não é demais lembrar que de acordo com o relatório *Justiça em Números* de 2017, do CNJ, em 2017 tramitavam 1.346.931 demandas judiciais de natureza diversa envolvendo o direito à saúde até 31.12.2016. Além disso, os gastos da União com ações judiciais envolvendo prestações de saúde cresceu na ordem de 727% entre 2010 e final de 2016, quando alcançou a cifra de R\$ 3,9 bilhões,

isso segundo estudo do Observatório de Análise de Políticas em Saúde (OAPS).

Tais dados, à evidência, não podem por si só já ensejar qualquer juízo qualitativamente seguro sobre a temática aqui versada, mas demonstram claramente que — para o bem ou para o mal, a depender do olhar — que o tema e suas tantas facetas segue carente de atenção por parte do Estado e da Sociedade e cada vez mais sugere que as críticas assacadas contra a atuação do Poder Judiciário (do sistema judiciário, melhor dizendo) devem ser especialmente levadas a sério. (grifamos)

O direito à saúde, como já afirmado, é um direito fundamental e deve ser aplicado de forma imediata, segundo art. 5º, §1º da Constituição Federal. Desse modo, tal dispositivo independe de qualquer ato legislativo para gozar de aplicabilidade, aguardando apenas efetivação pela Administração Pública.

Alguns defendem a tese de que não significa qualquer exacerbação, econômica ou política, pretender que o Estado custeie o fornecimento de medicamento de alto custo necessário para o tratamento médico adequado, imperioso para a subsistência do cidadão a quem, constitucionalmente, é assegurado o direito à saúde.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que esse tema tem repercussão geral. Vejamos:

SAÚDE - ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO - FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo (RE 566471 RG, Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 15/11/2007).

Historicamente, o STF sempre adotou entendimento de que, após a Constituição Federal de 1988, o direito fundamental à saúde deveria ser protegido de forma “absoluta”. Na grande maioria das decisões, o direito ao medicamento ou tratamento pleiteado era reconhecido e os entes federados eram condenados a fornecer o que fosse necessário para a garantia do direito à saúde. A Suprema Corte, inclusive, costumava decidir de forma unânime, favoravelmente à concessão da medida pleiteada. Nesse sentido, vejamos trecho da decisão proferida no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286/RS, julgado em 12/09/2000:

O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

O direito público subjetivo à saúde prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas

idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, (...) o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável ao direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano de organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatário todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.

O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, (...) dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (art. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.

[...]

Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que este atue no plano de nossa organização federativa.

A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional desautoriza o acolhimento do pleito recursal ora deduzido na presente causa.

Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet. 1.246-SC), **entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput, e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles que tem acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes.** [...]

Cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem garantir aos cidadãos (...) o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. [...]

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas - impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais – que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável a sua eficácia jurídica - **recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição.**

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.

Cumpre assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalamente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante (RE 271286 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 12/09/2000). (grifamos)

Para o STF, questões meramente orçamentárias não justificavam a supressão do direito à saúde e, consequentemente, do direito à vida. Àquela época, as questões de ordem econômica tinham caráter secundário e era um dever ético-jurídico do julgador optar pelo direito à saúde e à vida quando em confronto com interesses financeiros do Estado.

Esse foi o entendimento que vigorou por muitos anos na Suprema Corte. Lentamente, a postura dos julgadores começou a mudar e as repercussões financeiras das concessões judiciais de medicamentos começaram a ser reconhecidas. No julgamento da ADPF 45/DF, por exemplo, o relator, Min. Celso de Mello, destacou:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, **comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da**

pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. (ADPF 45, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004). (grifamos)

Já no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipatória nº 91, a Ministra Relatora Ellen Grace determinou a não concessão do medicamento pleiteado. A decisão fundamentou-se na inexistência de recursos financeiros suficientes, bem como, na necessidade de racionalização dos gastos públicos, visando garantir o atendimento de um maior número de pessoas. Para a magistrada, o caráter de universalidade do direito à saúde, incorporado no art. 196 da Constituição Federal de 1988, estabelece a garantia do direito a todos, e não de forma individualizada.

Buscando equacionar o tema, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes promoveu a realização da Audiência Pública nº 04, entre abril e maio de 2009, com o intuito de ouvir pessoas com experiência no tema da saúde pública e esclarecer questões técnico-científicas, administrativas, político-econômicas e jurídicas relacionadas com a prestação do direito à saúde.

No julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 553.712/RS, em 19 de maio de 2009, o STF reafirmou sua jurisprudência, decidindo novamente que:

[...] o arresto impugnado encontra-se em harmonia com a orientação da Corte que, ao julgar o RE 271.286-AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello, entendeu que o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

Salientou-se no referido julgado, que a regra contida no art. 196 da Constituição tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (AI 553712 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 19/05/2009) (grifamos)

No mesmo sentido, vale citar ainda alguns trechos do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175:

Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*),

expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*).

Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a **prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão**. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um determinado valor para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, **deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão**. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos [...] O fato é que o denominado problema da “judicialização do direito à saúde” ganhou tamanha importância teórica e prática, que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias. [...] levando em conta a grande quantidade de processos e a complexidade das questões neles envolvidas, convoquei Audiência Pública para ouvir os especialistas em matéria de Saúde Pública [...] Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, **não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas**.

Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública – Saúde: **no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes**. [...] Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde, o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente. [...] deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a importância da política de saúde existente.

Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso (STA 175 AgR, Relator(a): Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, j. em 17/03/2010). (grifamos)

Notamos, então, atuação ampla, intensa e criativa do Poder Judiciário nas demandas que envolvem efetivação do direito fundamental à saúde, com adoção de

uma postura proativa e prolação de decisões concessivas de medicamentos, tratamentos e outros direitos relacionados à saúde dos cidadãos.

Diga-se, a propósito, que o Supremo Tribunal firmou entendimento expresso no seguinte sentido:

[...] É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. [...] STF. ARE 947.823 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, 1^a Turma, j. em 28/6/2016.

Sendo assim, as demandas de saúde evidenciam-se como mais um exemplo, senão o principal, da participação do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com certa interferência no âmbito de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, tudo com o propósito de garantir a dignidade da pessoa humana e a plena eficácia das normas constitucionais.

CONCLUSÃO

Nossa Constituição Federal de 1988 traz expressamente em seu texto disposições sobre direitos fundamentais, envolvendo a vida, a saúde, a liberdade, a educação, a igualdade e tantos outros de igual importância. Tais direitos traduzem-se em elementos essenciais para a existência digna, livre e igualitária de todas as pessoas e devem ser concretizados no dia-a-dia na pessoa, e não apenas formalmente no texto constitucional.

Os direitos fundamentais têm características peculiares, todas extremamente relevantes pra sua configuração, dentre as quais vale citar a historicidade (decorrem de um processo histórico de lutas), a imprescritibilidade (são sempre exigíveis, ainda que não exercidos), a inviolabilidade (devem ser respeitados pelas leis abstratas, pelo Estado e pelos particulares) e a aplicabilidade imediata (são aplicáveis de imediato, não dependendo de regulamentação, em regra, pelo legislador ordinário).

Sobre essa última característica, a Constituição Federal de 1988, prevê expressamente em seu art. 5º, §1º que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. A doutrina ensina que o art. 5º, §1º/CF estabelece uma presunção relativa de aplicabilidade imediata e eficácia plena das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, defende-se que os poderes públicos devem extrair a maior eficácia possível das normas de direitos fundamentais, as quais só podem ser entendidas como programáticas fundamentadamente e em hipóteses extremas, dando-se prevalência à sua máxima efetividade.

Isso significa que, em caso de omissão do legislador ou do administrador público no sentido de promover leis, planos ou programas de governo visando à concretização de direitos fundamentais do cidadão, pode o Poder Judiciário tomar para si o dever de desempenhar papel mais proativo na promoção do bem-estar social, garantindo, por meio de suas decisões, a concretização de valores e fins constitucionais. É nesse contexto que surge o chamado “ativismo judicial”, consistente na atitude, na escolha do magistrado no sentido de buscar a concretização de direitos fundamentais através de uma hermenêutica jurídica

expansiva, decidindo de maneira criativa e inovadora diante dos conflitos postos à sua apreciação.

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norteamericana, ainda no Século XIX, mas, no Brasil, o fenômeno ganhou força com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que adotou o princípio da inafastabilidade da jurisdição como direito fundamental, previsto expressamente no art. 5º, XXXV. Tal princípio estabelece que o juiz é obrigado a decidir sobre toda e qualquer matéria posta à sua apreciação, o que implica, por consequência, o alargamento das espécies de demandas levadas à apreciação do Judiciário. O movimento de judicialização, portanto, não decorre de simples vontade dos jurisdicionados, mas sim da escolha do constituinte, que optou por expandir as hipóteses de atuação do Poder Judiciário.

Vimos que o ativismo judicial é alvo de críticas por parte de parcela da doutrina especializada. A principal delas está relacionada à suposta interferência do Judiciário nas funções típicas dos outros Poderes e violação ao princípio da separação dos poderes, que é pressuposto do constitucionalismo. Além disso, os críticos também argumentam que as decisões emanadas pelo Judiciário não possuem legitimidade democrática e não poderiam suprimir a vontade da maioria, consubstanciada nas leis elaboradas e aprovadas pelos membros do Poder Legislativo, representantes do povo, nem imiscuir-se em questões afetas às políticas públicas de responsabilidade do Poder Executivo. Por fim, critica-se ainda o fato de que o ativismo judicial provoca a politização da justiça.

Apesar das fundadas e pertinentes críticas, o melhor entendimento é no sentido de que o ativismo judicial atende a anseios da sociedade, lesada pelas frequentes omissões do Poder Público, pela inércia do legislador ordinário ou pela efetiva violação a direito previsto no texto constitucional. Diante desse cenário, cabe ao Judiciário fazer valer os direitos fundamentais, os valores e procedimentos democráticos previstos na Constituição. Quando necessário, portanto, deve caber ao Judiciário criar políticas públicas ou compelir o Poder Executivo a fazê-lo, bem como inovar na ordem jurídica, fazendo surgir novos direitos e deveres, se assim demandar o caso concreto.

É nesse sentido que os Tribunais e a sociedade como um todo vêm se posicionando, para admitir a atividade criativa dos magistrados e a inovação da

ordem jurídica para o fim de garantir a proteção e a concretização de direitos e garantias previstos na Constituição Federal de 1988.

A propósito, vimos que o próprio Supremo Tribunal Federal já proferiu inúmeras decisões criativas e inovadoras nos últimos anos, tudo visando a efetiva proteção de direitos e garantias constitucionais no caso concreto.

Dessa forma, defendemos que é necessário permitir ao Poder Judiciário o exercício de um papel mais proativo na defesa dos direitos constitucionais, ainda que, para tanto, decida além dos limites descritos na norma infraconstitucional e nos atos do governo, visando à perfeita e completa obediência aos fins e valores constitucionais. Contudo, deve fazê-lo sempre de forma fundamentada, balizando suas decisões a partir da Constituição e das leis, e não por vontade política própria. Ainda, não deve perder de vista os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e o respeito inabalável à democracia e à separação dos Poderes.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo.** 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____ **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacomilado.htm>. Acesso em: 09 jan. 2019.

_____ **Código Penal.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Decreto-Lei-2848compilado.htm> Acesso em: 23 jan. 2019.

_____ **Código Civil.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 15 jan. 2019.

_____ **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/L11105.htm> Acesso em: 17 jan. 2019.

_____ **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm> Acesso em: 17 jan. 2019.

_____ **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 11**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>> Acesso em: 20 jan.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 25**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>> Acesso em: 20 jan.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23/04/2008.** Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/discursocmpossegm.pdf>>

Acesso em: 19 jan.2019.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 61.

CAMPOS, Bruna Villas Boas. **As raízes históricas do ativismo judicial na tradição jurídica norte-americana e sua repercussão no debate hermenêutico constitucional: o império dos homens sobre o direito**. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-9K9VW7>>. Acesso em: 05 jan 2019.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Ed., Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

_____. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Ativismo judicial e concretização dos direitos fundamentais**. [S.I.] [2015?]. Disponível em: <<https://brasiljuridico.com.br/artigos/ativismo-judicial-e-concretizacao-dos-direitos-fundamentais.-por-dirley-da-cunha-junior>>. Acesso em 06 jan. 2019.

_____ **A CF/88, as omissões do Poder Público e o Direito Fundamental à efetivação da Constituição.** Jornal Carta Forense. 2008. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-cf88-as-omissoes-do-poder-publico-e-o-direito-fundamental-a-efetivacao-da-constituicao/2647>>. Acesso em 19 jun. 2018.

FEREJOHN, John. **Judicializando a política, politizando o direito.** Trad. Thiago Nasser e José Eisenberg. Rio de Janeiro: CEDES/IUPERJ-ENM/AMB, 2005 [publicado originalmente em Hoover Digest, n. 1, inverno, 2003]. Disponível em: <<http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/banco%20artigos/Filosofia%20e%20Teoria%20do%20Direito/ferejohn.pdf>>. Acessado em: 15 de junho de 2018.

FONTE, Felipe de Melo. **A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 18, maio/junho/julho, 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/felipe-de-melo-fonte/a-legitimidade-do-poder-judiciario-para-o-controle-de-politicas-publicas>>. Acessado em: 22 jun. 2018.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **O controle de políticas públicas pelo poder judiciário.** In SALLES, Carlos Alberto de. (coord.) *As grandes transformações do processo civil brasileiro*. Quartier latin, 2009.

KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”.** Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 19-20.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARINHO, Tiago de Lima. **Direito à saúde e o Supremo Tribunal Federal: mudanças de posicionamento quanto ao fornecimento de medicamentos.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 118, nov 2013. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13813&revista_caderno=9>. Acesso em 27 jan. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; BARCHET, Gustavo. **Curso de direito constitucional**: atualizado até a emenda constitucional nº 53/2006. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2007, p. 333.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. – 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 204-205.

OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir Ferreira de. **Políticas públicas concretizadoras dos direitos fundamentais**: controle judicial do dever de progresso e da proibição de retrocesso. Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas - n. 7. Vitória da Conquista-BA, 2009, p. 33-49.

RAMOS, Mariana Barbela de Castro. **A atuação do Poder Judiciário frente à omissão do Poder Executivo na efetivação dos direitos sociais**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 12 set. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49833>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS, Volume 5, número especial, 2015.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p.99-100.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli Tavares. **Ativismo judicial e políticas públicas: direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2011.