



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

SHIRLEY A. DE O. CARVALHO

**JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO
JUDICIAL NO CONTEXTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL:
uma análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal**

Brasília
2014

SHIRLEY A. DE O. CARVALHO

**JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO
JUDICIAL NO CONTEXTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL:
uma análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso em Direito da Faculdade
de Ciências Jurídicas – FAJS do Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB
Orientadora: Professora Doutora Christine
Oliveira Peter da Silva.

**Brasília
2014**

SHIRLEY A. DE O. CARVALHO

**JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO
JUDICIAL NO CONTEXTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL:
uma análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso em Direito da Faculdade
de Ciências Jurídicas – FAJS do Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB
Orientadora: Professora Doutora Christine
Oliveira Peter da Silva.

Brasília, 21 de novembro de 2014.

Banca Examinadora:

Dra. Christine Oliveira Peter da Silva.
Orientadora

Examinador

Examinador

RESUMO

A problemática da pesquisa está delimitada ao estudo dos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial no contexto do Estado Constitucional, e nas implicações em relação ao princípio da separação dos poderes e a concretização de direitos fundamentais. Diante do tema proposto o problema limita-se a investigar se o Poder Judiciário tem atuado além dos limites de sua competência e dessa maneira ferindo o princípio da separação dos poderes. Justifica-se a pesquisa em razão da crescente incidência da manifestação dos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização de políticas públicas no Brasil. Diante disso, observa-se que a busca ao Judiciário centra-se em questões de grande relevância social, em especial, demandas que visam a concretização de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, dentre as quais o direito fundamental a saúde e a educação. No modelo de Estado Constitucional, que prima pelo cumprimento da Constituição, as políticas públicas previstas na mesma, promovem na realidade a concretização dos direitos fundamentais. Neste sentido, o Poder Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal tem atuado em prol de assegurar tais demandas, no entanto, sabe-se que a competência para a elaboração e a implementação de políticas públicas primordialmente foram atribuídas ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo. A metodologia empregada neste trabalho monográfico teve por base uma vertente de pesquisa jurídico-dogmática. Assim, na elaboração da monografia foi utilizado como fundamentação um referencial teórico, coletado mediante a realização de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Apresentando como marco teórico autores como J. J. Gomes Canotilho, Antonio Enrique Perez Luño, Christine Oliveira Peter da Silva, Dimitri Dimoulis, Leonardo Martins e Ingo Wolfgang Sarlet. Contudo, verificou-se que a intervenção do Poder Judiciário em áreas predominantemente de outros Poderes no intuito de garantir direitos fundamentais, não fere a separação dos poderes, no contexto do Estado Constitucional. Ademais, a manifestação dos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização de políticas públicas no contexto do Estado Constitucional, principalmente em razão da ideia de interdependência entre os poderes, favorece a concretização de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Ativismo Judicial. Direitos Fundamentais. Estado Constitucional. Separação dos Poderes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO 1 - DO ESTADO CONSTITUCIONAL	8
1.1 Do Estado de Direito ao Estado Constitucional	8
1.2 Da supremacia da lei para a supremacia da Constituição	11
1.3 Da separação de funções do poder para a interdependência entre as funções de poder	14
1.4 Da perspectiva jurídico-subjetiva para a perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais	17
CAPÍTULO 2 – DOS FENÔMENOS DO ATIVISMO JUDICIAL E DA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM CONFRONTO COM O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	24
2.1 Dos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização de políticas públicas	25
2.1.1 Ativismo judicial	25
2.1.2 Judicialização de políticas públicas	31
2.2 Dos argumentos a favor e contra os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização de políticas públicas	33
2.3 Do princípio da separação dos poderes e a expansão do Poder Judiciário no Brasil	35
CAPÍTULO 3 – JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: ANÁLISE DE PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	44
3.1 Dos direitos fundamentais e das políticas públicas	44
3.2 Análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal	46
3.2.1 <i>Análise do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 801.676 AgR/PE</i>	46
3.2.2 <i>Análise do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 761127 AgR/AP</i>	50
CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

O presente trabalho inserido na área do direito constitucional trata da judicialização de políticas públicas e do ativismo judicial no contexto do Estado Constitucional. Neste sentido, além da pesquisa de um referencial teórico, também se buscou trabalhar com a análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Na atualidade verifica-se crescentes demandas ao Judiciário no sentido de garantir a efetividade de determinados direitos fundamentais. Assim caracterizando a manifestação dos fenômenos denominados de ativismo judicial e da judicialização de políticas públicas.

A judicialização de políticas públicas tem se apresentado como um fenômeno da atualidade, que ocupa a posição de instrumento garantidor da eficácia dos direitos fundamentais, repercutindo em diversas questões no meio jurídico e legislativo, dentre as quais é importante evidenciar o planejamento dos entes federados, bem como a politização da justiça.

No âmbito da separação dos poderes, o Poder Executivo e o Legislativo ocupam posição de destaque no planejamento e implantação de políticas públicas, assim, também garantidores de direitos fundamentais. Entretanto, o Poder Judiciário tem exercido com algum destaque a função de garantidor dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, que deveriam ser concretizados por meio da efetivação de políticas públicas. Pois de acordo com a mesma, é competência do Poder Executivo e do Poder Legislativo a elaboração de políticas públicas que promovam a efetivação dos direitos fundamentais.

Contudo, com frequência, diversas demandas relativas às políticas públicas tem sido supridas por meio de decisões judiciais, especialmente as medidas cautelares, ocasionando o favorecimento do interesse individual, sobre o interesse coletivo, e revelando a omissão dos demais poderes com relação à efetivação das mesmas.

Justifica-se um estudo detalhado da decantação terminológica do Estado de Direito ao Estado Constitucional. Neste sentido, determinados aspectos inerentes ao mesmo serão detalhadamente abordados. Dentre estes tem-se: a supremacia da lei para a supremacia da Constituição; a separação de funções do poder para a interdependência entre as funções de poder; e a perspectiva jurídico-subjetiva para a perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais. Contudo, juntos serão trabalhados em um capítulo separado, o capítulo I. Esta discricionariedade justifica-se em razão de sua relevância como marco teórico a realização desta pesquisa.

Há ainda dois objetivos específicos. O primeiro trata da identificação do que são os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização de políticas públicas, fazendo um confronto deles com o princípio da separação dos poderes. Justifica-se no fato de que os debates relacionados aos mesmos, estão rotineiramente abordando o princípio da separação dos poderes.

Neste sentido, busca-se, dialogar com a questão da interdependência entre os poderes, no entanto, faz-se necessário buscar dimensionar até que ponto excessos estão ocorrendo em relação a atuação do Poder Judiciário, ou mesmo, tornando-o hegemônico em relação aos demais poderes constituídos, sejam eles, o poder Executivo e o Poder Legislativo. Este objetivo específico será trabalhado no capítulo II.

No que refere-se ao segundo objetivo específico, busca-se a verificação da concretização de direitos fundamentais no âmbito da judicialização de políticas públicas, com base na análise de determinados julgados do Supremo Tribunal Federal.

Neste último, a ênfase será atribuída aos direitos fundamentais, dada a sua significativa relevância para a sociedade, bem como, em decorrência das crescentes demandas relacionadas a estes junto ao Poder Judiciário. Assim, a análise de precedentes contemplará dois casos, envolvendo a busca pela efetivação de distintos direitos fundamentais, sejam eles, o direito à saúde e o direito à educação. A escolha destes deu-se em razão de apresentarem-se no rol das principais demandas ao Judiciário referentes a efetivação dos direitos fundamentais. Para este momento da pesquisa foi destinado o capítulo III.

O trabalho monográfico será desenvolvido sob uma vertente de pesquisa jurídico-dogmática. Assim, a monografia terá como fundamentação um referencial teórico, mediante a realização de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial especialmente a cerca dos julgados do Supremo Tribunal Federal, relacionados a direitos fundamentais de grande relevância social. Por meio deste recurso, a problemática apresentada será analisada e discutida levando em consideração os dados e argumentos levantados no referencial teórico da presente pesquisa.

Contudo, exposta relevância do tema proposto, a presente pesquisa está aberta ao diálogo junto a todos os que se disponham a refletir no contexto de uma concepção de Estado na qual a supremacia da Constituição defende a concretização máxima de direitos fundamentais, especialmente os direitos fundamentais sociais – como direito à educação e a saúde – que dependem de intervenção concretizadora por parte dos poderes públicos.

CAPÍTULO 1 - O ESTADO CONSTITUCIONAL

1.1 Do Estado de Direito ao Estado Constitucional

Inicialmente é relevante mencionar que o conceito de Estado tem passado por um processo de desnaturação. Neste sentido, o Estado-Nação não apresenta mais um sentido unívoco, que surgiu a partir das revoluções do século XVIII.¹

Para Canotilho, o princípio basilar do Estado de Direito está centrado na expressa limitação do arbítrio em face ao exercício dos poderes públicos. Contudo, pode ser definido simplificadamente como sendo um Estado ou forma de organização político-estadual, em que o exercício de suas atividades são inteiramente subordinadas ao direito.²

O Estado de Direito instaurou-se gradativamente nos Estados ocidentais e mais tarde no continente americano. Já na Inglaterra, prevaleceu a concepção do *rule of law*, enquanto na França a ideia do *État légal*, nos Estados Unidos a concepção do Estado Constitucional, enquanto a Alemanha promoveu a criação do princípio do Estado de Direito.³

Especificamente quanto a concepção adotada nos Estados Unidos é relevante mencioná-la em maiores detalhes, uma vez que, difere em relação aos demais países alguns aspectos relativos as suas respectivas concepções, em especial, ao adentrar na ideia inerente a concepção de Estado Constitucional.

“Os Estados Unidos acrescentaram mais alguma coisa a este conjunto de regras. O Estado constitucional pressupõe, desde logo, o poder constituinte do povo, ou seja, o direito de o povo fazer uma lei superior (constituição) da qual constem os esquemas essenciais do governo e respectivos limites. Os direitos e liberdades dos cidadãos histórica e juridicamente gerados na república assumiam-se como elemento central do Estado. Além de um governo regulado pela constituição e limitado pelos direitos e liberdades, entendia-se que o poder também carecia de uma justificação, de uma legitimação. Não bastaria invocar que o «governo» era representativo. Impunha-se tornar claras as razões do governo, ou, dito de outro modo, as razões públicas demonstrativas do consentimento do povo em ser governado sob determinadas condições. Deste modo, o «governo que se aceita» ou «está justificado» será apenas o governo subordinado a leis transportadoras de princípios e regras do direito, de natureza duradoura e vinculativa, explicitados na constituição. Por último, deve fazer-se uma menção particular aos tribunais. Estes exercem a justiça em nome do povo. E exercer

¹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Transjusfundamentalidade**: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais. Tese (Doutorado)-Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição. Universidade de Brasília, 2013, p. 24.

² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de Direito**. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>> Acesso em: 10 out. 2014, p. 9.

³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de Direito**. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>> Acesso em: 10 out. 2014, p. 9.

a justiça em nome do povo implica que os juízes sejam considerados agentes do povo nos quais este deposita a confiança de preservação dos princípios de justiça [...] e consagrados na lei constitucional superior. Se necessário for, os juízes farão uso do seu direito de acesso à constituição, desaplicando e considerando nulas as más leis editadas pelos órgãos do governo da nação (fiscalização judicial da constitucionalidade das leis).”⁴

O pensamento referente ao Estado de Direito conforme originado nos séculos XVIII e XIX não se mantem. Já o modelo de Estado Constitucional, proposto no decorrer do século XX, emerge como uma necessidade do século XXI, em razão do reconhecimento como modelo de prática política aberta e pluralista das contingências das sociedades mundializadas.⁵

Neste sentido, Lúcio Silva, ao analisar as características do Estado Constitucional atual a partir da visão de Gustavo Zagrebelsky⁶, afirma que a ideia fundamental a respeito do direito do Estado, seja no direito público como no direito público externo que sempre enalteceu a soberania estatal, não apresenta mais a mesma força em razão de uma nova realidade de atuação política.⁷

“Desde fins do século XIX, forças vigorosas, como bem acentua Zagrebelsky, estão identificadas com o pluralismo político e social interno, que se opõe à ideia de soberania e de sujeição: a formação de centros de poder alternativos e concorrentes com o Estado que operam em seu campo político, econômico, social, cultural e religioso e, com certa frequência, em dimensões totalmente independentes do território estatal. É a progressiva institucionalização, promovida, às vezes, pelos próprios Estados, em contextos que integram seus poderes em dimensões supraestatais, subtraindo, então, a disponibilidade dos Estados particulares; e inclusive a atribuição dos direitos dos indivíduos, que podem valer ante jurisdições internacionais, frente aos estados que pertencem.”⁸

Contudo, a propagação do termo Estado Constitucional, ocorre desde meados

⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de Direito**. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>> Acesso em: 10 out. 2014, p. 9.

⁵ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Transjusfundamentalidade**: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais. Tese (Doutorado)-Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição. Universidade de Brasília, 2013, p. 26.

⁶ Sobre Gustavo Zagrebelsky: “[...] professor de Direito Constitucional na Universidade de Turim, Itália, e autor da obra “El Derecho Dúctil – Ley, Derechos y Justicia” está sendo referido em várias peças doutrinárias e, também em julgamentos em nossa suprema instância, bem como em tribunais estaduais, ante o tom de sua obra, em que além de tecer críticas ao positivismo jurídico, enaltece uma concepção de constituição em que a sua idéia (da Constituição) é muito mais importante do que ela em si, ou seja, do que a própria Constituição.” SILVA. Lúcio Tadeu. **O Estado Constitucional cogitado por Gustavo Zagrebelsky**. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/76-artigos-jun-2007/5622-o-estado-constitucional-cogitado-por-gustavo-zagrebelsky> p. 2-9. Acesso em 18 de out. de 2014, p. 2-9.

⁷ Zagrebelsky *apud* SILVA. Lúcio Tadeu. **O Estado Constitucional cogitado por Gustavo Zagrebelsky**. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/76-artigos-jun-2007/5622-o-estado-constitucional-cogitado-por-gustavo-zagrebelsky>>. Acesso em: 18 out. 2014, p. 9.

⁸ Zagrebelsky *apud* SILVA. Lúcio Tadeu. **O Estado Constitucional cogitado por Gustavo Zagrebelsky**. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/76-artigos-jun-2007/5622-o-estado-constitucional-cogitado-por-gustavo-zagrebelsky>>. Acesso em: 18 out. 2014, p. 9.

da década de setenta, período no qual constitucionalistas alemães iniciaram um processo de decantação terminológica do mesmo. Nomes como Peter Häberle, Martins Kriele e Klaus Stern, são considerados representantes dessa tendência, entretanto, estes autores não são os criadores da denominação *Verfassungsstaat*, isto é, o Estado Constitucional. Pois, a referida expressão já era abordada nas teorias constitucionais clássicas, nas quais constava como relacionada aos estudos de Ernst-Wolfgang Böckenförde, sendo também empregada por juristas alemães já no século XIX.⁹

Ademais, na doutrina jurídica italiana existe indícios de que alguns setores manifestam-se na intenção de substituir a noção de Estado de Direito por Estado Constitucional. Na doutrina anglo-saxônica não se registra uma substituição destes conceitos. E na doutrina espanhola, a corrente majoritária é no sentido de que não há distinção entre os mesmos.¹⁰

No sentido da mudança de perspectiva Estado de Direito ao Estado Constitucional é válido ressaltar a afirmação de que o referido Estado Constitucional, na atualidade pode apresentar-se como paradigma possível para a atualização do ideário do Estado de Direito.¹¹

“Nos últimos anos adquiriu notoriedade na doutrina jurídica norte americana, especialmente no âmbito penal e criminal, a denominada teoria do *labeling approach*, significa dizer que é o enfoque dado através de etiquetas ou rótulos, também denominada “teoria das definições”. Trata-se de uma radicalização das teses de análises da linguagem jurídica postulatória de que a juridicidade não é uma qualidade essencial ou ontológica de determinadas condutas ou feitos, se não o resultado de um processo de atribuição de tal qualidade. A juridicidade ou antijuridicidade, a licitude ou ilicitude, a validade ou invalidez dos atos jurídicos são categorias de fronteiras móveis e oscilantes que de nenhum modo podem considerar-se prévias a sua definição ou tipificação como tais. A juridicidade é uma etiqueta criada por determinadas instâncias formalizadas de controle social ou de poder jurídicos. Esta tese tem a seu favor a reforma da evidência, muitas vezes indevidamente transpassada, onde as variações na linguagem normativa ou das categorias da linguagem dos juristas não são produto de preferências casuais ou arbitrarias, mas somente da obediência às mudanças políticas, sociais ou culturais das quais as novas fórmulas ou definições pretendem propor [...]. No contexto do entendimento de que a decantação terminológica do Estado de direito ao Estado constitucional pode considerar-

⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. Colombia:** Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Brasília: Cunha Logrado, 2011, p. 1.

¹⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. Colombia:** Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Brasília: Cunha Logrado, 2011, p. 1-2.

¹¹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Transjusfundamentalidade:** diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais. Tese (Doutorado)-Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição. Universidade de Brasília, 2013, p. 31.

se o reflexo de um triplo deslocamento nos ordenamentos jurídicos dos sistemas democráticos que se concentra em:

- 1) O deslocamento desde a primazia da lei e primazia da Constituição;
- 2) O deslocamento desde a reserva legal a reserva da Constituição;
- 3) O deslocamento desde o controle jurisdicional da legalidade ao controle jurisdicional da constitucionalidade.”¹²

A expressão Estado Constitucional indica uma linha teórica que tem ganhado novo significado, sendo possível um estudo do Estado Constitucional por meio da análise de três perspectivas: da supremacia da lei para a supremacia da Constituição; da separação de funções do poder para a interdependência entre essas funções de poder; da visão subjetiva dos direitos fundamentais para uma visão objetiva desses direitos. Assim, pode-se afirmar desde logo que hoje vivencia-se uma transição de modelos de Estado.¹³

Diante do exposto, verifica-se que a concepção do Estado Constitucional, está arraigada a ideia da supremacia da Constituição e na valorização dos direitos fundamentais. Assim, torna-se relevante compreender algumas questões relativas ao Estado Constitucional, bem como, a sua relação com os fenômenos da judicialização de políticas públicas e do ativismo judicial, uma vez que promovem efeitos no âmbito da concretização desses direitos.

Neste sentido, propõe-se o estudo dessas características com o objetivo essencial de propiciar uma significativa compreensão dos preceitos inerentes ao Estado Constitucional, e a sua respectiva interferência no âmbito de manifestação dos referidos fenômenos.

1.2 Da supremacia da lei para a supremacia da Constituição

A partir desta perspectiva é possível entender que o modelo de Estado Constitucional tem como fundamento a supremacia da Constituição. Para Barroso, no Estado de Direito vigorava a centralidade da lei e a Constituição era um mero documento político. Já no Estado constitucional, a Constituição é uma norma jurídica que além de atuar no plano de elaboração de leis e atos normativos, acresce ao impor limites ao seu conteúdo e deveres ao

¹² PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. Colombia**: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Brasília: Cunha Logrado, 2011, p. 2.

¹³ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Transjfundamentalidade**: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais. Tese (Doutorado)-Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição. Universidade de Brasília, 2013, p. 31-32.

Estado, assim, nesta concepção pode-se falar em centralidade da Constituição e na supremacia judicial, em razão da existência de um tribunal constitucional ou suprema corte.¹⁴

A máxima da concepção do Estado de Direito, ou seja, a supremacia da lei, tornou-se ultrapassada e nos dias atuais discute-se muito a respeito do Estado em sua supremacia jurídica, o que justificou o aparecimento dos fenômenos de normas supra e infra-estatais. Além disso, em oposição a versão hierarquizada do sistema de fontes do ordenamento jurídico tem-se o pluralismo, que afeta o monopólio e a hierarquia jurídica, além do protagonismo da lei. Portanto, no Estado Constitucional, o sistema jurídico direciona o interprete da Constituição a uma atitude aberta ocasionando a mudança do monopólio metodológico em face de um pluralismo metódico.¹⁵

No Brasil, existe a presença de um órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal, sendo a sua função mais relevante a guarda da Constituição e das liberdades, assim, atua como o interprete da Constituição. Contudo, ao interpretar normas que versam à respeito de direitos fundamentais exerce uma função política. Isto é de suma importância, pois o referido órgão pode adaptar as leis no intuito de suprir as demandas apresentadas pela sociedade.¹⁶

Quanto a jurisdição constitucional, a competência é atribuída a juízes e tribunais do país, assumindo a função mais hierárquica o Supremo Tribunal Federal. Esta jurisdição, apresenta duas particularidades, sejam elas, a aplicação direta da Constituição em situações previstas em seu texto normativo e a aplicação indireta. Nesta última, o foco está na atuação do interprete que posiciona a Constituição na condição de parâmetro, aplicando-a em situações em que precisa atribuir validade a uma norma infraconstitucional ou mesmo para imprimir um sentido mais adequado.¹⁷

“O Supremo não declinou de suas responsabilidades. Tem sido incansável guardião do texto constitucional. No cumprimento de suas atribuições constitucionais, tem atuado de forma decisiva na solução de conflitos entre

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciasupremaciajudicial.pdf> Acesso em: 04 jun. 2014, p. 4.

¹⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. Colombia**: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Brasília: Cunha Logrado, 2011, p. 2-4.

¹⁶ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Supremo Tribunal de Direitos fundamentais**: papel do STF no Estado Constitucional Brasileiro. [No prelo].

¹⁷ Ainda menciona: “*Em suma: a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.*” BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciasupremaciajudicial.pdf> Acesso em: 04 jun. 2014, p. 5.

os poderes e de controvérsias internas ao Executivo ou Legislativo, bem como no reconhecimento e na efetiva implementação de direitos assegurados por mandamento constitucional. A atuação do Supremo Tribunal Federal já foi descrita como ativismo judicial por determinação constitucional”.¹⁸

Observa-se que o Supremo Tribunal Federal ao deparar-se com questões que promovam um conflito entre os poderes, seja entre o Poder Executivo ou o Poder Legislativo, busca uma solução que enfaticamente deverá apresentar-se fundamentada no respeito a Constituição Federal.

Entretanto, a interpretação bem como a concretização das normas jurídicas, principalmente as normas constitucionais, não representa um exercício de menor complexidade. Para tanto, é necessário, conhecimentos jurídicos e inclusive o conhecimento de questões interdisciplinares. Ademais, a interpretação constitucional não pode ser tratada apenas como uma técnica ou metodologia, uma vez que os métodos clássicos de interpretação jurídica, não possibilitam amparo pleno para essa atividade.¹⁹ Nesse sentido, o interprete pode ainda enfrentar alguns problemas, dentre os quais, as ambiguidades, incoerência normativa e as lacunas.²⁰

Aqui pode-se mencionar como consequência, a manifestação do fenômeno do ativismo judicial, uma vez que a interpretação das normas constitucionais são submetidas aos critérios do juiz, por consequência o Poder Judiciário termina por interferir em competências predominantemente atribuídas aos outros poderes. A função ativista, de certa maneira, tem convencido o Poder Judiciário, no que é inerente ao seu papel de interprete, em especial o Supremo Tribunal Federal.²¹

“Pois bem: nesse novo ambiente doutrinário, surgiram tensões inevitáveis entre as pretensões de normatividade do constituinte, as circunstâncias do universo de fato subjacente e, naturalmente a inércia e a resistência do *status quo*. A aplicação da dogmática jurídica tradicional às categorias do direito constitucional, com sua completa ambição de disciplinar os fatos políticos, gerou um conjunto vasto de dificuldades teóricas práticas.[...]”²²

¹⁸ PELUSO, Cezar. **Constituição, direitos fundamentais e democracia**: o papel das supremas cortes. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarnoticiastf/anexo/eua_cp.pdf. Acesso em: 12 out. 2014.

¹⁹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Transjusfundamentalidade**: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais. Tese (Doutorado)-Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição. Universidade de Brasília, 2013, p. 36-37. Quanto aos métodos de interpretação jurídica, refere-se aos apresentados por Karl Von Savigny, sejam eles, o gramatical, o histórico, o sistemático, e o teleológico.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 97-100.

²¹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Transjusfundamentalidade**: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais. Tese (Doutorado)-Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição. Universidade de Brasília, 2013, p. 38.

²² BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e

Observa-se, que nas discussões envolvendo os fenômenos da judicialização de políticas públicas e o ativismo judicial, o princípio da separação dos poderes, embora não seja o único, é um dos argumentos mais polêmicos, pois as críticas baseiam-se fundamentalmente nas constantes interferências do Poder Judiciário em áreas de atuação predominante de outros poderes. As demandas ao Judiciário geralmente são fundamentadas na ingerência ou omissão no âmbito de políticas públicas, portanto, quando o titular é privado da garantia de algum direito fundamental.

“Mas as mudanças ocorridas na natureza da atividade jurisdicional não estão só no campo da maior autonomia judicial para conduzir os processos e dar-lhes mais agilidade, nem, tampouco nas robustas e bem conhecidas competências de crítica à qualidade do trabalho legislativo, que transformaram os juízes em importantes veto players do sistema político. O Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, passou a exercer uma crescente interferência em políticas públicas, pois tem, a partir de 1988, o poder de declarar inconstitucionais até mesmo as omissões do Poder Legislativo. No limite, o STF pode até substituir uma omissão do Poder Legislativo, e fazer com que toda a sociedade respeite sua decisão. Essas decisões substitutivas têm efeitos típicos de lei, isto é, podem gerar vínculos de cumprimento obrigatório para toda a sociedade e para todos os níveis hierárquicos dos demais poderes. Isso, rigorosamente, é algo muito distinto da solução de um conflito judicial tradicional, cujos efeitos se restringiam às partes envolvidas diretamente num processo.”²³

Contudo pode-se afirmar que diante do princípio da separação dos poderes, na atualidade, tem-se demonstrado uma crescente necessidade pelo reconhecimento da interdependência entre os poderes constituídos. Entretanto, resta avaliar se no âmbito da judicialização de políticas públicas e do ativismo judicial excessos estão ocorrendo. Neste caso, ao contrário de garantir direitos fundamentais estaria evidenciando uma fragilidade ou omissão dos demais poderes, por consequência, sobrecarregando o Poder Judiciário.

1.3 Da separação de funções do poder para a interdependência entre as funções de poder

A ideia da interdependência entre as funções dos poderes marca significativamente o Estado Constitucional, em especial, ao tratar de questões relacionadas a concretização de direitos fundamentais. Neste sentido, alguns aspectos desta ideia devem ser investigados a partir do Estado de Direito.

A reserva da lei implicava em uma dupla garantia, pela qual a regulação das

possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 288-289.

²³ STRAPAZZON, Carlos Luiz. O futuro da República e novo Supremo Tribunal Federal. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 64, out. /dez. 2009, p. 192.

matérias jurídicas de maior relevância não poderia ser por normas de classe inferior a lei, assim, implicava em uma “auto limitação” do legislador, pois era possível reservar à lei somente o essencial. Mas, essa situação foi alterada em razão da mudança do Estado social para o Estado liberal, devido a presença cada vez maior de órgãos administrativos nos vários setores da sociedade civil e as prestações de serviços públicos colaborou com o desprestígio do princípio da legalidade. Além disso, essas constantes intervenções normativas do Estado propiciou o rompimento da clássica ideia da divisão dos poderes, entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo.²⁴

A consequência da ampliação das tarefas dos poderes públicos, ocasionou o surgimento, nos atuais ordenamentos jurídicos, do fenômeno denominado de hipertrofia legislativa, que na doutrina anglo-saxônica é chamado de contaminação legislativa ou *Legal Pollution*, para tanto, o fator decisivo foi o aumento das normas legais, que devido a maior produção normativa prejudicou a sua aplicabilidade. Contudo, fatores como os prejuízos na estrutura formal das normas legais, as constantes modificações normativas e uso de uma linguagem complexa ou equivocada proporcionou circunstâncias desfavoráveis para o conhecimento e a aplicação do direito.²⁵

“[...] a “reserva da lei” deixou de ser uma garantia para regular o status normativo das questões jurídicas básicas e é preciso substituir pela “reserva da constituição”. A “reserva da constituição” não implica que o legislador ordinário usurpe o papel que incumbe ao constituinte, já que - como advertiu nosso Tribunal Constitucional - “o que as Cortes não podem fazer é colocar-se no mesmo plano do Poder Constituinte realizando atos próprios, salvo no caso de que a própria Constituição lhe atribua alguma função constitucional” (STC, 76/1983, FJ 4; cfr. Cruz Villalón, 1983, 185 ss.). Porém, como se desprende do último parágrafo da sentença resumida, existem âmbitos que a Constituição pode atribuir ao parlamento “alguma função constituinte” para o desenvolvimento de questões constitucionais básicas, uma delas, e não a menos importante, é o desenvolvimento do sistema dos direitos fundamentais.”²⁶

Portanto é possível compreender que o modelo de Estado Constitucional, está centrado na reserva da Constituição. Assim, os poderes constituídos devem atuar de forma conjunta em prol dos fins constitucionais, incluindo também as questões atinentes a concretização dos direitos

²⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. Colombia:** Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Brasília: Cunha Logrado, 2011, p. 5.

²⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. Colombia:** Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Brasília: Cunha Logrado, 2011, p. 5.

²⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. Colombia:** Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Brasília: Cunha Logrado, 2011, p. 6.

fundamentais. Contudo, isto repercutiu diretamente na ideia de separação entre os poderes, influenciando na necessidade de uma nova dinâmica para este princípio.

Neste sentido, é oportuno mencionar a tese de Montesquieu, exposta no livro chamado de *O Espírito das Leis*. Pois, na sua criação objetivou a defesa das liberdades individuais, e ao considerar a separação dos poderes defendia que os juízes deveriam atuar como a “mera boca da lei” e também estariam impedidos de moderar a sua força ou rigor. Mas, no decorrer do século XX, a tese passou a ser desprezada no meio jurídico, por reduzir a relevância política do Judiciário, bastando o surgimento das Cortes constitucionais europeias, para se tornar definitivamente afastada, em razão de uma mutação decisiva nas atividades jurisdicionais, ou seja, a denominada a transição de juízes de direito para juízes constitucionais.²⁷

A proposta de uma interdependência, como se vê, não é nova. O que é nova é a metódica de interação entre estas funções, que tem na Constituição, especialmente nas normas constitucionais jusfundamentais, o elemento mediador. Explico melhor: no Estado Constitucional, diante da tarefa compartilhada de concretizar direitos fundamentais, como meta principal do Estado, as funções de poder atuam, na medida de suas competências constitucionalmente postas, buscando aproximação com o ideal de máxima efetividade jusfundamentadora.²⁸

Contudo, as relações entre as funções de poder passa a ocorrer de maneira intensa e os poderes não apresentam suas competências extremamente definidas, mas atuando de forma interdependente. Além disso, as ações no âmbito dessas funções deverá considerar os direitos fundamentais e a sua consequente concretização, ao invés de priorizar as limitações de competências. Assim, debates com argumentos na separação dos poderes, podem perder a razão do conflito, como exemplo, o fenômeno da judicialização da política.²⁹

Nota-se que no modelo de Estado Constitucional, a questão da interdependência entre os poderes assume um papel que é inerente ao mesmo, isto se justifica no fato de que a necessidade de concretização dos direitos fundamentais passam a nortear sensivelmente as relações entre os poderes. Assim, a ideia de separação de poderes, presente na clássica concepção, inevitavelmente, altera-se para uma ideia de interdependência entre os poderes, na qual os poderes devem atuar harmonicamente, em prol da concretização de direitos

²⁷ STRAPAZZON, Carlos Luiz. O futuro da República e novo Supremo Tribunal Federal. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 64, out. /dez. 2009, p. 191.

²⁸ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Transjusfundamentalidade**: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais. Tese (Doutorado)-Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição. Universidade de Brasília, 2013, p. 43-44.

²⁹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Transjusfundamentalidade**: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais. Tese (Doutorado)-Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição. Universidade de Brasília, 2013, p. 44-45.

fundamentais previstos constitucionalmente.

A ideia de interdependência, portanto, compromete diretamente o debate a respeito dos fenômenos da judicialização de políticas públicas e do ativismo judicial. Uma vez que neste cenário, certas demandas são levadas ao Poder Judiciário, e muitas vezes, o mesmo recebe críticas com base no argumento de que ao julgá-las estaria adentrando em competências precipuamente determinadas para os demais poderes. Entretanto, a partir desta perspectiva, o referido argumento não pode ser mais adequado para impedir a participação do Judiciário, em especial, quando versar sobre direitos fundamentais.

Neste sentido, também é relevante tratar da questão referente a perspectiva subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, a ser tratada no item a seguir, uma vez que os direitos fundamentais assume um novo posicionamento diante da Constituição.

1.4 Da perspectiva jurídico-subjetiva para a perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais

A perspectiva jurídico-objetiva atribui aos direitos fundamentais uma nova posição constitucional, sendo a priori necessário buscar uma compreensão mínima do cenário histórico que influenciou para o desenvolvimento da mesma. Neste sentido, é possível considerar que a mais relevante diferença entre a concepção do Estado de Direito e o Estado Constitucional encontra-se em aspectos inerentes ao tratamento dispensado aos direitos fundamentais.³⁰

Após a 2ª Grande Guerra emergiu um cenário histórico que favoreceu a ocorrência de mudanças na maneira de tratar o Direito, bem como o Estado. Neste contexto, surgiu o Estado Democrático de Direito, que alterou profundamente a visão do constitucionalismo. Isso ocorreu no intuito de evitar as perversões em face do Estado de Direito, em que regimes políticos autoritários deturpavam seus preceitos e conteúdos valorativos, demasiadamente importantes para todos os indivíduos em sociedade.³¹

O surgimento dessa nova forma jurídica, teve como vetor o respeito à dignidade da pessoa humana, pois durante a 2ª Grande Guerra a mesma foi comprometida de diversas maneiras. Assim, a relevância concedida à dignidade da pessoa humana foi necessária no período pós guerra, propiciou inclusive com a sua consagração na Declaração Universal de

³⁰ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Transjusfundamentalidade**: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais. Tese (Doutorado)-Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição. Universidade de Brasília, 2013, p. 45-46.

³¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Estado democrático de direito como Estado de Direitos fundamentais com múltiplas dimensões**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/300807.pdf>> Acesso em: 11 out. 2014, p. 1-2.

Direitos Humanos e na denominada Lei de Fundamental de Bonn, que atualmente é Constituição da Alemanha.³²

“ O fenômeno que levou ao Estado de Direito nos séculos XVIII e XIX é o mesmo que conduz ao Estado Constitucional dos séculos XX e XXI, qual seja, a necessidade de estabelecimento de diretrizes para guiar as relações dos indivíduos organizados em sociedades.”³³

Ademais, a dignidade da pessoa humana também passa a fazer parte do conteúdo dos direitos previstos constitucionalmente, denominados de direitos fundamentais. Estes assumem dimensões mais amplas, no sentido de que o Estado passa se organizar em prol da defesa e da realização dos mesmos. São considerados, além de direitos subjetivos relacionados à cidadania, mas inclusive direitos objetivos, tornando imperativa a sua concretização, seja por meio de normas, instituições ou políticas públicas.³⁴

Diante do exposto, ocorreu diversas implicações na dogmática dos direitos fundamentais. Observou-se o surgimento de teorias com o objetivo formular uma nova definição e classificação para esses direitos, para tanto, deveria levar em consideração os seus inerentes efeitos, funções e dimensões. Quanto as dimensões, a doutrina reconhece a existência de uma dimensão subjetiva e uma dimensão objetiva desses direitos.³⁵

No tocante a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, esta centrada em questões voltadas a uma pretensão ou na vontade do indivíduo. Assim, trata-se da possibilidade destes em gerar uma pretensão para realização de alguma conduta ou mesmo na vontade de produzir efeitos em determinadas relações jurídicas.³⁶ Para Ingo Sarlet, nessa dimensão,

³² GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Estado democrático de direito como Estado de Direitos fundamentais com múltiplas dimensões.** Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/300807.pdf>> Acesso em: 11 out. 2014, p. 2.

³³ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Estado constitucional cooperativo: O futuro do Estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter. Härberle.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Christine_rev72.htm>. Acesso em: 09 out. 2014.

³⁴ Ainda neste sentido reitera: “A própria topografia constitucional revela a inversão que estamos aqui a referir, quando os direitos e garantias fundamentais passam a ser consagrados, tal como entre nós, a partir de outubro de 1988, de maneira ampla, e já no início da Constituição, ao invés de ocuparem aquela posição inferior, secundária, que até então era a deles, enunciados ao final das constituições, de maneira sintética, como a apenas determinar uma área residual de impedimento à interferência estatal na esfera jurídica de seus cidadãos.”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Estado democrático de direito como Estado de Direitos fundamentais com múltiplas dimensões.** Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/300807.pdf>> Acesso em: 11 out. 2014, p. 3.

³⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos direitos fundamentais.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 116.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 189.

genericamente é possível afirmar que para o titular de um direito fundamental tem-se a possibilidade de demandar judicialmente seus interesses em face do destinatário.³⁷

Pode-se afirmar ainda, no tocante a esses direitos, a existência de uma ideia em sentido amplo de que tais direitos apresentam uma exigibilidade ou justiciabilidade. Portanto, os direitos fundamentais subjetivos representam uma eventual possibilidade de um titular demandar judicialmente o que estiver no âmbito dos poderes, liberdades, o direito de ações positivas ou negativas a partir da norma que instituiu o direito a ser demandado.³⁸

Diante do exposto, ressalta a questão referente aos titulares dos direitos fundamentais. Neste aspecto, os direitos fundamentais promovem uma relação entre dois sujeitos de direito, sejam eles, o sujeito ativo que pode ser representado pelo detentor ou titular de um direito e o sujeito passivo, representado pela figura do destinatário da obrigação de zelar por esse direito.³⁹

Entretanto, a ideia da existência de uma titularidade universal, é desconstituída através de estudos vinculados a dogmática jurídica. Assim, cada categoria de direitos previstos na Constituição foi destinada a seus respectivos titulares, então, a lesão a um direito fundamental qualquer, não é o bastante para que um indivíduo possa reivindicá-lo, mas será ainda preciso demonstrar que o fato ocorreu em razão de uma intervenção ou omissão estatal.⁴⁰

Neste sentido, a questão da titularidade merece maiores considerações, uma vez que, reflete diretamente nas possibilidades de concretização dos direitos fundamentais. Assim, é possível observar algumas formas de titularidades, dentre as quais, a direitos de *status negativus* do artigo 5º da Constituição Federal, dos direitos sociais, dos direitos políticos, dos direitos coletivos, das garantias fundamentais, das pessoas jurídicas como titulares de direitos fundamentais e a da pessoa jurídica de direito público.⁴¹

Para Ingo Sarlet, ainda não existe um consenso a respeito de todos os aspectos pertinentes a essa dimensão, o que é aceito nos dias atuais advém do período pós-guerra. Tanto a doutrina como a jurisprudência fazem remissão a decisão dada ao caso *Lüth*, pela Corte Federal

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012, p. 152.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012, p. 154.

³⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 69.

⁴⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 69-70.

⁴¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 70-88.

na Alemanha em 1958. A partir dessa decisão, em especial, tem-se que os direitos fundamentais não são apenas direitos subjetivos de defesa, mas ainda são decisões valorativas, em razão de uma natureza jurídico-objetiva da Constituição, assim, promove uma eficácia em todo ordenamento, tornando-se uma diretriz para todos os poderes.⁴²

“A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos.”⁴³

Neste sentido, os direitos fundamentais transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, alcançando a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo, assim, formam a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático.⁴⁴ Na perspectiva objetiva, os direitos fundamentais constituem um conjunto de valores objetivos fundamentais, orientando a ação positiva dos poderes públicos, assim, também é possível afirmar que passaram a condição de parâmetro de ação dos cidadãos e instituições públicas e privadas.⁴⁵

No que concerne ao reconhecimento desta perspectiva, Ingo Sarlet adverte que a mesma não implica no fato de que toda posição jurídica subjetiva tenha um preceito de direito objetivo para prevê-la, portanto, não representa um mero “reverso de medalha” da perspectiva subjetiva. De outra maneira, quanto ao seu significado, pode-se compreender que para todas as normas que dispõem sobre direitos subjetivos foi atribuída uma função autônoma.⁴⁶

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, promoveu alguns desdobramentos. O primeiro está ligado a dimensão axiológica destes direitos, que ao considerar que tais direitos incorporam e expressam valores objetivos fundamentais da comunidade, devem ter sua eficácia valorada não apenas no aspecto individualista, mas inclusive, no ponto de vista

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012, p. 142-143.

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 189.

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 190.

⁴⁵ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Transjusfundamentalidade**: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais. Tese (Doutorado)-Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição. Universidade de Brasília, 2013, p. 46.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012, p. 146.

da sociedade e da comunidade. Assim, a doutrina entende que esta perspectiva constitui a denominada função axiologicamente vinculada, na qual o exercício dos direitos subjetivos individuais está atrelado de alguma maneira ao seu reconhecimento pela comunidade na qual está inserido.⁴⁷

A dimensão objetiva resulta em duas implicações recíprocas. Primeiro em que o direito fundamental não seja considerado somente sob perspectiva individualista, mas, também, que o bem por ele tutelado seja tratado como um valor em si, a ser preservado e fomentado.⁴⁸

O segundo desdobramento relacionado a essa perspectiva trata-se da eficácia dirigente que os direitos fundamentais, inclusive aqueles que primordialmente atuam como direitos subjetivos, promovem em relação aos órgãos estatais, atribuindo-lhe, permanentemente a obrigação de concretizar tais direitos.⁴⁹ Diante disso, pode-se afirmar que o efeito dirigente impõe obrigações, no âmbito de todas as funções de poder, seja no âmbito administrativo, legislativo ou judiciário. Portanto, exige de todo poder público, ações destinadas à concretização dos direitos fundamentais.⁵⁰

No âmbito da força jurídica autônoma dos direitos fundamentais a doutrina menciona a chamada eficácia irradiante dos direitos fundamentais, significa que, estes na seu estado de direito objetivo, impõe as diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional. Entretanto, associadamente a esse efeito, é possível tratar ainda da denominada eficácia horizontal, que compreende a eficácia no âmbito da esfera privada.⁵¹

Ademais, ainda no âmbito da perspectiva objetiva, outra função foi direcionada aos direitos fundamentais. Esta ocorre a partir do fundamento da existência de um dever geral de efetivação pelo Estado. Neste sentido, é o dever geral de proteção, ou seja, cabe ao Estado zelar pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, seja contra os poderes públicos, particulares ou outros Estados. Portanto, o Estado é intimado a realizar medidas

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012, p. 144-145.

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 190.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012, p. 146.

⁵⁰ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Transjusfundamentalidade**: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais. Tese (Doutorado)-Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição. Universidade de Brasília, 2013, p. 51.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012, p. 147-148.

positivas de diversas naturezas em prol de uma substancial finalidade, a de favorecer a concretização dos direitos fundamentais.⁵²

Os referidos deveres, estão vinculados a função dos direitos fundamentais na condição de imperativos da tutela, portanto associada ao monopólio estatal quanto ao exercício da força e da vedação da auto tutela, resultando em deveres vinculantes, ou melhor, juridicamente exigíveis ao poder público para proteger o indivíduo em face do Estado ou particulares. Além disso, no âmbito dessa dimensão pode ser atribuída a esses direitos, a função de referência para a criação e constituição de organizações estatais e para o procedimento. Pois, tendo por base o conteúdo das normas de direitos fundamentais defende-se a possibilidade direcioná-las para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, e para a formatação do direito organizacional e procedimental em contrapartida protege o seu próprio conteúdo material.⁵³

Considerando que os deveres de proteção do Estado podem também concretizar-se por meio de normas dispendo sobre o procedimento administrativo ou judicial, além da criação de órgãos, verifica-se que pode haver conexão entre essas duas perspectivas.⁵⁴ Embora a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais apresente maior realce, convive com uma dimensão objetiva, assim, é possível afirmar que as duas dimensões se complementam .⁵⁵

“[...] é possível dizer que a concretização dos direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal exige um compromisso com o paradigma do Estado Constitucional, que se apresenta como aquele que desloca a supremacia da lei para a supremacia da Constituição, aquele que protege direitos fundamentais não apenas como direitos subjetivos, mas, e principalmente, na sua perspectiva objetiva, e, por fim, como aquele que reconhece a interdependência entre as funções de poder.”⁵⁶

Contudo, verifica-se que no contexto do Estado Constitucional a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais apresenta-se de maneira preponderante, especialmente por seu aspecto propulsor, ou seja, a possibilidade de impor uma pretensão em face do órgão responsável. Entretanto, esta dimensão, passa a interagir paralelamente com outra perspectiva, ou

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012, p. 148-149.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012, p. 149-150.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012, p. 150.

⁵⁵ HESSE *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 189.

⁵⁶ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Transjusfundamentalidade**: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais. Tese (Doutorado)-Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição. Universidade de Brasília, 2013, p. 243.

seja, a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Contudo, todos os poderes são convocados a agir para concretização dos direitos fundamentais.

Neste contexto, insere-se a discussão acerca dos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização de políticas públicas, que manifestam-se em crescentes demandas ao Poder Judiciário também no intuito de garantir direitos fundamentais. No entanto, alegações contra estas respectivas demandas giram em torno do argumento de que o Poder Judiciário pode estar usurpando a competência de outros Poderes e assim, a ferir o princípio da separação dos poderes.

CAPÍTULO 2 – DOS FENÔMENOS DO ATIVISMO JUDICIAL E DA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM CONFRONTO COM O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

2.1 Dos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização de políticas públicas

Primeiramente, deve-se mencionar que os referidos fenômenos promovem discussões e debates na doutrina e no meio jurídico. Contudo, as divergências apresentam-se muitas vezes em razão do princípio da separação dos poderes. O princípio da separação dos poderes, constantemente é invocado para fundamentar o argumento de usurpação de competência o Poder Judiciário, quando o mesmo intervém em funções precípuas dos Poderes Executivo ou Legislativo.

No entanto, nem sempre são compreendidos como fenômenos distintos, talvez pela particularidade de que ambos manifestam-se a partir de demandas que buscam a garantia de algum direito fundamental junto ao Poder Judiciário. Portanto, torna-se importante tratá-los em momentos separados, bem como estabelecer um confronto destes fenômenos com o princípio da separação do poderes.

2.1.1 Ativismo Judicial

A expressão ativismo judicial apresenta divergências na doutrina especialmente quanto a sua definição. Entretanto, não se desconhece a origem estrangeira dessa expressão, mas é possível afirmar que a sua compreensão evoluiu consideravelmente no âmbito doutrinário.⁵⁷

“ Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).”⁵⁸

Neste sentido, Paulo Silva enfatiza que o termo ativismo judicial exige menção indispensável quanto a sua evolução temporal e semântica no âmbito da teoria constitucional norte-americana. Esta seguramente marcou a existência dos primeiros debates, uma vez que são

⁵⁷ FAZIO, Cipriano César. Panorama sobre o ativismo judicial e a judicialização da política no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, ano 103, v. 939, jan. 2014, p.111.

⁵⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 309.

verificados diversos votos de juízes, bem como de artigos que fazem referência a esta expressão.⁵⁹

A expressão que surgiu nos Estados Unidos⁶⁰, foi empregada como uma qualificação à atuação da Suprema Corte quando presidida por Earl Warren de 1954 a 1969. Entretanto, já naquela época, a expressão recebeu uma conotação negativa, especialmente em razão de uma reação conservadora, dado a intervenção do judiciário em áreas de atuação precípuas aos demais poderes, agravada ainda, pela revolução ocorrida em diversas práticas políticas no mesmo período. Contudo, o fenômeno expressa uma atuação mais ampla e intensa do Poder Judiciário em prol da defesa de preceitos constitucionais, mas para isso inevitavelmente termina por adentrar em espaços do Executivo ou do Legislativo.⁶¹

“[...] a expressão ativismo judicial foi amplamente utilizada para estigmatizar a jurisprudência progressista da Corte Warren. É bem de ver, no entanto, que o ativismo judicial precedeu a criação do termo e, nas suas origens, era essencialmente conservador. De fato, foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (*Era Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu no período que foi de meados da década de 50 a meados da década de 70 do século passado. Todavia, depois da guinada conservadora da Suprema Corte, notadamente no período da presidência de William Rehnquist (1986-2005), coube aos progressistas a crítica severa ao ativismo judicial que passou a desempenhar.”⁶²

Diante do exposto, é possível observar que o fenômeno do ativismo judicial ainda nos primórdios de sua manifestação apresenta semelhança significativa com uma das perspectivas primordiais do Estado Constitucional. A semelhança configura-se a partir da ideia de um Judiciário defensor de direitos fundamentais, mesmo que para isso fosse necessário afetar a rígida separação entre os poderes constituídos. Portanto, tem-se instalada a concepção de

⁵⁹SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Direitos Fundamentais: uma contribuição para uma teoria geral**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 89.

⁶⁰ “A locução “ativismo judicial” foi utilizada, pela primeira vez, em artigo de um historiador sobre a Suprema Corte americana no período do *New Deal*, publicado em revista de circulação ampla. V. Arthur M. Schlesinger, Jr., *The Supreme Court: 1947*, Fortune, jan. 1947, p. 208, *apud* KEENAN, D. Kmiec, *The origin and current meanings of ‘judicial activism*, **California Law Review** v. 92, 2004. p. 1446. [...]” BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciasupremaciajudicial.pdf> Acesso em: 04 jun. 2014, p. 9.

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciasupremaciajudicial.pdf> Acesso em: 04 jun. 2014, p. 9-10.

⁶² BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciasupremaciajudicial.pdf> Acesso em: 04 jun. 2014, p. 10.

uma interdependência entre esses poderes. Ademais, outras características do ativismo judicial ainda precisam ser abordadas.

A relação entre o ativismo judicial e o direito comparado é abordada por Elival Ramos, neste sentido, defende uma visão comparatística, Uma vez que, para caracterizar este fenômeno torna-se necessário compreender como é exercida a função jurisdicional, que conseqüentemente interfere na maneira como o mesmo será tratado.⁶³

“Se o ativismo judicial, em uma noção preliminar, reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa, a mencionada diferença de grau permite compreender porque nos ordenamentos filiados ao *common law* é muito mais difícil do que nos sistemas da família romano-germânica a caracterização do que seria uma atuação ativista da magistratura, a ser repelida em termos dogmáticos, em contraposição a uma atuação mais ousada, porém ainda dentro dos limites do juridicamente permitido.[...]”⁶⁴

De acordo com Paulo Silva, a partir do primeiro artigo publicado quanto ao referido tema, algumas prováveis definições de situações podem ser apontadas como ativismo judicial, dentre as quais: a não utilização dos métodos de interpretação desenvolvidos, a desconsideração a existência de precedentes, a cassação ações constitucionais ajuizadas pelo Executivo ou Legislativo, o desrespeito a legislação judicial e no ato de juiz julgar orientado no resultado de sua própria decisão.⁶⁵

No Brasil, com exceção as duas primeiras que não indicam ser passíveis de aplicação em seu sistema jurídico, as demais merecem maiores considerações. A terceira, caso fosse empregada pela teoria constitucional qualificaria o Supremo como ativista judicial. Ao julgar com base no resultado de sua decisão, observou-se uma breve existência no período de transição democrática em razão do surgimento de debates referentes aos ideais político-ideológicos destes, que hoje sustenta-se somente na esfera constitucional penal.⁶⁶

A última situação tem demandado maiores discussões nos dias atuais, pois compromete matéria de grande relevância. O Supremo Tribunal Federal é considerado como ativista, desde que ao interpretar a Constituição, venha criar normas que transcenda a uma decisão para o caso em questão. Assim tais normas que pode abranger a toda sociedade, contemplando não raramente, temas pertinentes a direitos individuais e a direitos sociais.

⁶³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 104.

⁶⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 104.

⁶⁵ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Direitos Fundamentais**: uma contribuição para uma teoria geral. São Paulo: Atlas, 2011, p. 89.

⁶⁶ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Direitos Fundamentais**: uma contribuição para uma teoria geral. São Paulo: Atlas, 2011, p. 107-108.

Contudo, o ativismo judicial, independente do seu real significado manifesta-se na maioria dos países do ocidente, inclusive no Brasil.⁶⁷

“[...] o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. [...]”⁶⁸

De acordo com Elival Ramos, as causas do ativismo judicial no Brasil apresentam certas particularidades. Assim, enquanto algumas não são muito comuns à realidade do país, outras ressaltam as circunstâncias atuais. Dessa maneira, alguns fatores são responsáveis por impulsionar a manifestação desse fenômeno, como é o caso do modelo de Estado democrático-social defendido pelo constitucionalismo do país desde a constituição de 1934, que marcadamente assume um perfil intervencionista. Aspecto também verificado em algumas partes da atual Constituição, como no artigo 1º dessa Constituição, que ao dispor a respeito da República Federativa do Brasil, afirma que a mesma constitui-se, na forma literal da expressão como um Estado Democrático de Direito. Entretanto, é preciso ressaltar que esse sistema político democrático corresponde ao padrão do *welfare state* e não ao liberal clássico.⁶⁹

“Ao Poder Judiciário deveria caber, nesse modelo, o controle jurídico da atividade intervencionista dos demais Poderes. No entanto, sobre ele também recaem as expectativas e pressões da sociedade no sentido da mais célere possível consecução dos fins traçados na Constituição, incluindo a imediata fruição de direitos sociais ou a extensão de benefícios, de universalização progressiva, concedidos a determinadas categorias ou regiões com exclusão de outras. É nesse sentido que se pode dizer que o próprio modelo de Estado-providência constitui força impulsionadora do ativismo judicial, levando juízes e tribunais a relevar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderem “queimar” etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente.”⁷⁰

⁶⁷ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Direitos Fundamentais:** uma contribuição para uma teoria geral. São Paulo: Atlas, 2011, p. 91.

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial:** direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciasupremaciajudicial.pdf> Acesso em: 04 jun. 2014, p. 11. Neste sentido, diferencia o ativismo judicial da auto-contenção judicial: “[...] O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos.”

⁶⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial:** Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 268-269.

⁷⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial:** Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 271.

Diante do exposto, Elival Ramos sugere que o Poder Judiciário deve estabelecer um equilíbrio no que tange ao emprego da ousadia e da criatividade, bem como o respeito aos limites impostos para uma interpretação adequada das normas constitucionais, sendo ainda importante a colaboração de toda doutrina para o cumprimento dessa tarefa indispensável ao Judiciário e a concretização da Constituição.⁷¹

É possível afirmar a existência de debates entre autores no sentido da antítese que envolve a interpretação judiciária e a criatividade do juiz, pois o cerne da questão encontra-se justamente no reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito ao obrigar o emprego da criatividade possibilita as divergências doutrinárias. Assim, implica diretamente na usurpação das competências atribuídas ao Poder Legislativo pelo Poder Judiciário.⁷²

Outro fator, é o controle abstrato de normas, que no Brasil, foi introduzido através da ação direta genérica de inconstitucionalidade e na impulsão do ativismo judicial, em especial, deve-se a significativa aproximação do controle de constitucionalidade da função legislativa. Caracterizando-se como o fator fomentador desse fenômeno quando o órgão de controle não mais possa observar com facilidade a diferença entre a legislação e a jurisdição. Da mesma forma, trata-se das normas parâmetro usadas pela Corte em questão, quando estas são normas-princípio, apresentando texto que permite ampliar a função hermenêutico-concretizador.⁷³

“Conquanto, normalmente, pelo menos que seja do nosso conhecimento, o ativismo judicial não seja visto a essa luz, acreditamos não cometer exagero se considerarmos que o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, pelos argumentos em que se sustenta e pelas consequências que desencadeia, parece consubstanciar a forma mais radical ou, se preferirmos, o exemplo emblemático desse procedimento da judicatura.[..]”⁷⁴

Outro fator que impulsiona o ativismo no Brasil é o neoconstitucionalismo, que trata-se de tendência teórica, assim, a sua natureza de impulsão é apenas teórica, embora já

⁷¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 271.

⁷² SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Estado de Direitos Fundamentais**: Do Estado de Direito ao Estado Constitucional, p. 05. no prelo.

⁷³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 276-278. Neste sentido acrescenta: “[..] a par disso, como já se constatou o caráter eminentemente teleológico-valorativo dos princípios constitucionais e a força expansiva que lhes é inerente conduzem, com frequência, o órgão fiscalizatório ao balan- ceamento entre princípios de incidência simultânea para além de um sim- ples ajuste entre os respectivos núcleos essenciais (o que competiria ao legislador fazer), bem como ao desdobramento de seu significado de base, construindo disciplinas normativas que a eles se relacionam, mas que deles não decorrem. De modo similar às normas-princípio, também as regras constitucionais veiculadoras de conceitos indeterminados propiciam ao Tribunal Constitucional dose maior de criatividade interpretativa, conquanto não sejam comumente encontradas no conjunto de disposições limitativas da legiferação.”

⁷⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. **Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial**. [No prelo].

seja notado em alguns julgados do Supremo Tribunal Federal. Outro fator é de ordem institucional, significa que em razão de realizar o controle jurídico da função legislativa é exigido a promover a concretização da Constituição, por isso chega a exceder aos limites dessa função, embora isso ocorra com o objetivo de concretizá-la. E o último fator trata-se da apropriação de atividade normativa atípica pelo Supremo, representada pelas Súmulas Vinculantes e o mandado de injunção.⁷⁵

Como justificar a manifestação de um fenômeno que desde os primórdios de sua existência se mostra alvo de controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais é um problema que certamente poderá trazido e resolvido nos termos dessa nova concepção de Estado, o Estado Constitucional. Assim, para além da mera usurpação de competências, surge nas últimas décadas um Judiciário voltado a concretização de direitos fundamentais.

“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.”⁷⁶

É possível identificar por meio da doutrina quatro formas de manifestação do ativismo judicial, dentre as quais: as decisões sem fundamentação ou com fundamentação deficiente a mascarar inadmissível discricionariedade judicial não vinculada; aplicação direta da Constituição a situações concretas sem amparo em seu texto e sem previsão legal; declaração de inconstitucionalidade com base em critérios menos rígidos do que a ostensiva violação constitucional; e a imposição de condutas ou abstenções ao poder público, especialmente em matéria de políticas públicas.⁷⁷

Para Barroso, o fenômeno tem uma face positiva, apresenta-se no fato do Poder Judiciário atender demandas da sociedade não satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. A face negativa é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo. Entretanto, as decisões ativistas devem

⁷⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 279-300.

⁷⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2014, p. 6.

⁷⁷ FAZIO, Cipriano César. Panorama sobre o ativismo judicial e a judicialização da política no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, ano 103, v. 939, jan. 2014, p. 112.

ser eventuais, em momentos históricos determinados, pois não verifica-se uma democracia sólida sem atividade política intensa e saudável e um Congresso atuante e investido de credibilidade.⁷⁸

“Diante de todo o exposto, sobretudo do reconhecimento de que “o juiz, esse ente inanimado, de que falava Montesquieu, tem sido na realidade a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo contra as fórmulas caducas do direito tradicional”, acreditamos poder afirmar que o chamado ativismo judicial — pelo menos na forma e pelos argumentos emocionais, que usualmente se utilizam para combatê-lo —, não passa de uma expressão nova com a qual se pretende rebatizar, acriticamente, a imemorial criação judicial do direito. Nada mais do que isso.”⁷⁹

O Judiciário no Brasil demonstra em certas situações posição ativista, mas quanto a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público em matéria de políticas públicas, o exemplo mais evidente é o da distribuição de medicamentos e determinação terapias através de decisão judicial. Entretanto, a matéria ainda não foi apreciada a fundo pelo Supremo Tribunal Federal, exceto em pedidos de suspensão de segurança. Mas, nas Justiças Estadual e Federal no país, diversas decisões tem condenado a União, o Estado ou o Município, inclusive solidariamente ao custeio de medicamentos e terapias.⁸⁰

Neste contexto, surge também a discussão referente ao fenômeno denominado judicialização da política. A mesma pode ser considerada uma faceta do ativismo judicial, pois também caracteriza-se um problema que envolve a atuação do Poder Judiciário e dos demais Poderes do Estado.⁸¹

Nota-se a manifestação do ativismo judicial também em matérias envolvendo políticas públicas. Portanto, inevitavelmente, o fenômeno atua no sentido de atender demandas que objetivam a garantia de algum direito fundamental, que predominantemente são da responsabilidade de outros poderes. Mas, no caso do ativismo, apesar das causas apontadas pela doutrina, certamente o aspecto que mais favorece as críticas ao fenômeno centra-se no uso de interpretação e da criatividade do juiz em suas decisões.

Diante do exposto, a partir de agora a pesquisa abordará com maior ênfase

⁷⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2014. p. 8-10. Afirma ainda: “[...] Nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a proliferação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral.”

⁷⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. **Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial**. [No prelo].

⁸⁰ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2014, p. 8.

⁸¹ FAZIO, Cipriano César. Panorama sobre o ativismo judicial e a judicialização da política no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, ano 103, v. 939, jan. 2014, p. 112.

fenômeno da judicialização de políticas públicas.

2.1.2 Judicialização de Políticas Públicas

A participação do Poder Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, em áreas primordialmente destinadas aos Poderes Legislativo e ao Poder Executivo nos últimos anos tem sido uma prática cada vez mais constante. Especialmente em questões de grande relevância social, bem como, em demandas que envolvam a concretização de direitos fundamentais.

De acordo com Barroso, o órgão de cúpula do Poder Judiciário tem atuado ativamente na realidade institucional no Brasil, com característica peculiar na extensão e no volume de decisões. Entretanto, esse fenômeno não é uma particularidade apenas do país, dado que outras cortes e em diferentes momentos na história também demonstram sua existência. Mas, a maior incidência desse fenômeno passou a ocorrer a partir do final da Segunda Grande Guerra Mundial, evidenciando a existência de uma relação intrínseca entre o Judiciário e a política no cenário mundial contemporâneo, principalmente no ocidente.⁸²

“Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juizes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.”⁸³

Diante da crescente atuação do Poder Judiciário na mediação das relações sociais, políticas, culturais e econômicas, com o objetivo de garantir direitos fundamentais e concretizar o Estado Constitucional e Democrático de Direito, pode-se afirmar que estes fatores fomentaram o surgimento do fenômeno da judicialização da política.⁸⁴

Para Barroso, existem algumas causas da judicialização no Brasil, a mais importante é o processo de redemocratização, significativamente influenciado pela Constituição de 1988, que propiciou o fortalecimento do Judiciário e restabeleceu a noção de cidadania que

⁸² BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2014, p. 2.

⁸³ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2014, p. 3.

⁸⁴ MACHADO, Clara Cardoso. **Limites ao ativismo judicial à luz do constitucionalismo fraterno.** Disponível em: <http://www.academus.pro.br/mundojustica/artigomj_fraterno.pdf> Acesso em: 05 jun. 2014.

influenciou diretamente no aumento de demandas ao Poder Judiciário. Outra causa foi a constitucionalização abrangente, pois muitos direitos passaram ser previstos constitucionalmente assumindo o caráter de pretensão jurídica, logo, passíveis de uma judicialização. A última causa trata-se do controle de constitucionalidade adotado no país, caracterizado como eclético ou híbrido, que favorece a incidência de demandas ao Supremo Tribunal Federal ligadas a questões morais importantes ou políticas.⁸⁵

Os argumentos levantados quanto a judicialização são diversos, mas com frequência verifica-se o argumento de que a intervenção do Judiciário na execução de políticas públicas deriva da incapacidade dos Poderes Executivo e Legislativo na elaboração de meios legais que tenha como propósito garantir no mundo real os direitos sociais previstos na Constituição, o que enseja as constantes demandas ao Poder Judiciário.⁸⁶

O Supremo Tribunal Federal tem sido provocado em diversas situações,⁸⁷ neste sentido, tem decidido nos limites do pedidos formulados, além de decidir em razão do preenchimento dos requisitos de cabimento inerentes a ação proposta. Portanto, a judicialização realmente é um fenômeno presente, entretanto, não é resultado de um posicionamento ideológico dessa corte, uma vez que demonstra atuar de modo a cumprir sua função constitucional em consonância com o padrão institucional atual.⁸⁸

Neste sentido, Sandro Romanelli, afirma que o Poder Judiciário ao determinar com fundamento no texto constitucional que determinadas políticas públicas sejam

⁸⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2014, p. 3-4. Quanto ao sistema híbrido ou eclético: “Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas.”

⁸⁶ HAUSCHILD, Mauro Luciano. **Judicialização das políticas públicas na área da saúde.** Disponível em: <<http://www.carreirasjuridicas.com.br/downloads/dia08oficina13texto3.pdf>> Acesso em: 10 nov. 2013, p 27.

⁸⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2014, p. 5. “Nos últimos anos, o STF pronunciou-se ou iniciou a discussão em temas como: (i) Políticas governamentais, envolvendo a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição de inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça); (ii) Relações entre Poderes, com a determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebras de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal; (iii) Direitos fundamentais, incluindo limites à liberdade de expressão no caso de racismo (Caso Elwanger) e a possibilidade de progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos. Deve-se mencionar, ainda, a importante virada da jurisprudência no tocante ao mandado de injunção, em caso no qual se determinou a aplicação do regime jurídico das greves no setor privado àquelas que ocorram no serviço público.”

⁸⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2014, p. 5-6.

implementadas, estará exercendo a função a qual denomina de mastro garantidor de pré-compromissos constitucionais.⁸⁹

“A judicialização e o ativismo são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira dos últimos anos. Embora próximos, são fenômenos distintos. A judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte.”⁹⁰

Contudo, é possível verificar que a judicialização e o ativismo não podem ser considerados como expressões sinônimas, logo, referem-se a fenômenos diferentes. Entretanto, também é inequívoco a semelhança e a proximidade dos mesmos uma vez que envolve o conflito a respeito da interferência do Judiciário em áreas de atuação de outros os poderes, em especial, quando objetiva a concretização de direitos fundamentais.

“O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso.”⁹¹

Contudo, não é possível afirmar que exista um consenso na doutrina quanto aos efeitos ocasionados pela incidência dos mesmos diante do ordenamento jurídico vigente no Brasil. Neste sentido, é possível encontrar um rol de argumentos a favor e contra os fenômenos da judicialização de políticas públicas, bem como do ativismo judicial.

2.2 Dos argumentos a favor e contra os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização de políticas públicas

Primeiramente é preciso destacar que diversas críticas apontam para os distintos fenômenos da judicialização e ao ativismo judicial, assim, é interessante realizar uma abordagem das mesmas. Contudo, serão mencionadas de forma por vezes alternadas ao longo do texto, pois não raramente as mesmas são simultaneamente desconstituídas a depender dos

⁸⁹ ROMANELLI, Sandro Luís Tomás Ballande. Para reatar Ulisses: a judicialização da política como mastro garantidor dos pré-compromissos constitucionais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 1, n. 1, jan./jun. 2011, p. 231.

⁹⁰ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2014, p. 5-6.

⁹¹ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2014, p. 17.

argumentos da doutrina.

Neste sentido, Barroso, coloca que embora os fenômenos sejam distintos, três objeções podem ser opostas aos mesmos, em especial ao ativismo. A primeira objeção apontada por Barroso, esta atinente aos riscos para a legitimidade democrática, pois uma vez que os membros do Judiciário não foram eleitos, exercem um poder político, que abrange inclusive a invalidação de atos dos demais poderes. Neste sentido, justifica que o judiciário atua como representante indireto da sociedade e diante de cláusulas constitucionais abertas o poder criativo é ampliado, entretanto existindo lei constitucional ou matéria de estrita competência o juiz deverá está limitado a mesma.⁹²

O segundo argumento, diz respeito a politização da justiça, em especial da justiça constitucional, não tem a possibilidade de inteiramente ser afastado, sendo muito tênue a distinção entre direito e política. Mas, a própria Constituição estabelece meios de impor aspectos inerentes ao direito, como a segurança, o bem-estar e a justiça, o que propicia uma interpretação marcada por uma sentido político. Contudo a corte constitucional, em prol do bem comum e dos direitos fundamentais, deve está atenta para as consequências de natureza política de sua decisões.⁹³

Já o terceiro e último argumento apontado por Barroso trata-se da capacidade institucional do Judiciário e das limitações atinentes a esse poder. O presente argumento, permite discutir as funções estatais inerentes a cada poder, mas, todos devem assumir a tarefa de interpretar e zelar das normas constitucionais. No caso de divergência caberá ao judiciário decidir, porém caso envolva certas matérias deverão ser remetidas para órgãos mais especializados, que utilizará da razoabilidade e de procedimento adequado, apenas se matéria versar a respeito de alguma ofensa a constituição ou ameaça a direitos fundamentais a deferência pelo Judiciário não deverá ocorrer.⁹⁴

Posicionamentos apresentam-se no sentido de que princípio constitucional da separação dos poderes mostra-se comprometido, assim argumenta-se que a atuação do Judiciário corresponde a intrínseca violação a esse princípio constitucional, uma vez que tanto a

⁹² BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2014, p. 10-17.

⁹³ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2014, p. 10-18.

⁹⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2014, p. 15-19.

delimitação como a execução de políticas públicas são funções precípua de outros poderes.⁹⁵

“As principais críticas contra o fenômeno do Ativismo Judicial estão concentradas em vários argumentos, onde juízes, Tribunais e principalmente os Tribunais Constitucionais, não possuem legitimidade democrática, contra os atos legalmente instituídos pelos poderes Legislativo e Executivo.

Os críticos ainda asseveram em suas assertivas que o Poder Judiciário atua de duas formas, ora como legislador negativo, ao invalidar atos e leis do Poder Legislativo ou Executivo, ora como legislador positivo, o qual interpreta as normas e princípios e lhes atribui- rem juízo de valor, assim, é conhecido no meio acadêmico como desafio contramajoritário. Para eles, não há como negar o componente do método aplicativo da ponderação.”⁹⁶

Quanto aos argumentos favoráveis à legitimidade da intervenção do Poder Judiciário, fundamentam-se na necessidade da jurisdição não posicionar-se de maneira neutra para a resolução de casos relacionados a demandas sobre efetivação de direitos fundamentais sociais, mas, defendem que deve comprometer-se com a sua realização, para que o preceitos constitucionais sejam devidamente cumpridos.⁹⁷

Contudo, pode-se verificar que os argumentos apresentados são de natureza diversa e ainda não é possível afirmar que os dois fenômenos devam ser tratados como plenamente positivos no ordenamento institucional vigente no Brasil. Contudo, de maneira geral é possível afirmar que nos dias atuais funcionam como instrumento para solucionar questões atinentes, em especial, a concretização de direitos fundamentais, no entanto, em excesso pode conturbar as relações entre os poderes e as suas respectivas funções.

Neste sentido o princípio da separação dos poderes, ocupa a posição mais proeminente neste cenário, pois no momento que o respeito ao mesmo é questionado surge a indagação atinente à usurpação de funções de outros poderes pelo Judiciário. Portanto, esse princípio recebe um merecido destaque a seguir.

2.3 Do princípio da separação dos poderes e a expansão do Poder Judiciário no Brasil

O princípio da separação dos poderes tem previsão no artigo 2º da Constituição Federal de 1988. Neste sentido dispõe o referido artigo que são Poderes da União,

⁹⁵ HAUSCHILD, Mauro Luciano. **Judicialização das políticas públicas na área da saúde**. Disponível em: <<http://www.carreirasjuridicas.com.br/downloads/dia08oficina13texto3.pdf>> Acesso em: 10 nov. 2013. p. 28.

⁹⁶ GRANJA, Cícero Alexandre. **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais**. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/modo1_cat.php?sid=52&ssid=118&cid=56>. Acesso em: 27 set. 2014.

⁹⁷ HAUSCHILD, Mauro Luciano. **Judicialização das políticas públicas na área da saúde**. Disponível em: <<http://www.carreirasjuridicas.com.br/downloads/dia08oficina13texto3.pdf>> Acesso em: 10 nov. 2013, p 27-28.

independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário ⁹⁸. Trata-se ainda de uma cláusula pétrea prevista Constituição Federal, consoante a disposição do art. 60, § 4º, inciso III, segundo o qual não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a separação dos poderes.⁹⁹

Este princípio constitui-se em norma fundamental da Ordem Política brasileira, em razão de estabelecer a organização dos poderes estatais e o relacionamento entre eles. O mesmo efetiva uma repartição horizontal das funções estatais, no caso, a legislativa, a executiva e jurisdicional entre os distintos órgãos indicados pela Constituição.¹⁰⁰ São verificadas críticas a este princípio, pelo fato de não existir uma efetiva separação ou distribuição do Poder Estatal entre seus respectivos órgãos, pois tem-se somente uma especificação das funções estatais.¹⁰¹

O princípio da separação dos poderes foi inicialmente concebido sob uma forma rígida¹⁰² entretanto, com a evolução do Estado emergiu a necessidade de uma flexibilização da rígida atribuição de funções. Assim, na sua concepção moderna, o mesmo sugere a especialização das funções exercidas por cada um dos órgãos estatais, e não apenas a sua exclusividade. Contudo, a Constituição de 1988 dispõe a respeito de uma distribuição

⁹⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 27 set. 2014.

⁹⁹ BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Princípio da separação dos poderes: especialização, independência e harmonia. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho (Org.). **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2011, p. 239

¹⁰⁰ BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Princípio da separação dos poderes: especialização, independência e harmonia. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho (Org.). **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2011. p. 240. Neste sentido, CANOTILHO *apud* BICALHO: “[...] como princípio estrutural da organização do poder político tem-se geralmente em vista a separação horizontal dos poderes (de órgãos e funções) Enquanto a repartição vertical visa à delimitação de competências e as relações de controle segundo critérios fundamentalmente territoriais [...], a repartição horizontal refere-se a diferenciação funcional (legislação, execução e jurisdição), à delimitação institucional de competência e às relações de controle e independência recíproca entre vários órgãos da soberania(grifos do autor)”

¹⁰¹ BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Princípio da separação dos poderes: especialização, independência e harmonia. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho (Org.). **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2011, p. 241.

¹⁰² Neste sentido explica: “isto é, cada um dos Poderes constituídos detinha funções específicas e delimitadas, vedando-se aos demais o exercício das funções atribuídas especificamente a um deles. Assim, ao poder legislativo incumbiria a tarefa de edição de normas gerais e abstratas (função legislativa) ao Poder legislativo caberia a tarefa do governo e administração do Estado, atuando em observância às normas editadas pelo Poder Legislativo (função executiva); de outro lado, o Poder Judiciário ficaria encarregado de solucionar conflitos acerca da aplicação e interpretação das normas legais, tutelando o ordenamento jurídico, bem como editando normas jurídicas de caráter individual e concreto (função jurisdicional).” BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Princípio da separação dos poderes: especialização, independência e harmonia. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho (Org.). **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2011, p. 241.

horizontal das funções estatais, indicando as funções predominante de cada órgão e pontualmente funções agregadas àquelas precipuamente outorgadas a cada um destes.¹⁰³

Portanto, o referido princípio, traduz uma especialização de funções estatais exercidas pelos órgãos que compõem o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. E a mencionada norma principiológica define as bases do relacionamento entre os mesmos. No caso do caráter harmônico, representa a necessidade de respeito mutuo às atividades desenvolvidas pelos órgãos. Já o respeito a independência, refere-se a necessidade de observância e proteção da autonomia constitucional de cada órgão. Assim, tais órgãos não se subordinam, pois entre eles vige a regra da paridade e não de hierarquia.¹⁰⁴

De acordo com Victor Assis, o princípio da separação dos poderes deve ser reinterpretado a partir do Estado Democrático de Direito, propiciando que o sistema de freios e contrapesos seja utilizado com significativa eficiência. Pois este princípio não é um fim em si mesmo, pelo contrário, representa uma forma de interligar as funções estatais, para a concretização de direitos fundamentais. Por fim, não deve representar um empecilho para impedir as demandas da sociedade.¹⁰⁵

Assim, o princípio da separação dos poderes implica na existência de limites para atuação desses órgãos, o que inequivocamente assume a função de assegurar um equilíbrio entre os mesmos. Neste sentido, a própria Constituição estabeleceu um sistema de controle entre os órgãos estatais, o denominado sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).¹⁰⁶

“ Dessa forma, o princípio da Separação dos Poderes é entendido atualmente como norma constitucional de regulação concreta, pois diante da generalidade dogmática, o mesmo deve ser analisado segundo a ordem jurídica de cada Estado, assumindo, dessa forma, uma identidade normativa relativamente variável. No Brasil, pode-se afirmar que o princípio da Separação dos Poderes proporciona a colaboração e cooperação entre os distintos Órgãos de cúpula, viabilizando-se, assim, a concreção das distintas funções atribuídas a cada um deles, bem como o fomento da

¹⁰³ BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Princípio da separação dos poderes: especialização, independência e harmonia. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho (Org.). **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2011, p. 241. Nesse sentido cita exemplos: “ [...] a) a possibilidade do presidente da Republica editar medidas provisórias (função legislativa) nos termos do art. 62; b) a atribuição do Senado Federal para processar e julgar o Presidente e Vice-Presidente nos crimes de responsabilidade(função jurisdicional) consoante prevê o art. 52 [...]”

¹⁰⁴ BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Princípio da separação dos poderes: especialização, independência e harmonia. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho (Org.). **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2011, p. 241-242.

¹⁰⁵ ASSIS, Victor Hugo Siqueira de. O controle judicial das políticas públicas: a problemática da efetivação dos direitos fundamentais sociais. **Revista Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 13, n. 2, jul./ dez 2012. p. 293

¹⁰⁶ BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Princípio da separação dos poderes: especialização, independência e harmonia. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho (Org.). **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2011, p. 245.

interdependência destes no desempenho de suas atividades previstas na Constituição.”¹⁰⁷

Contudo, o princípio da separação dos poderes embora não seja o único argumento tornou-se uma questão proeminente nos debates e discussões doutrinárias, pois repercutiu diretamente nas funções atribuídas a cada poder. Neste sentido, diversas objeções têm sido apresentadas à expansão do Poder Judiciário nos Estados constitucionais contemporâneos.

“Tais críticas não infirmam a importância do papel desempenhado por juízes e tribunais nas democracias modernas, mas merecem consideração séria. O modo de investidura dos juízes e membros de tribunais, sua formação específica e o tipo de discurso que utilizam são aspectos que exigem reflexão. Ninguém deseja o Judiciário como instância hegemônica e a interpretação constitucional não pode se transformar em usurpação da função legislativa. Aqui, como em quase tudo mais, impõem-se as virtudes da prudência e da moderação.”¹⁰⁸

Dentre estas tem-se a crítica político-ideológica, assim, discute-se que juízes e membros dos tribunais não são agentes públicos eleitos, mas ao invalidar atos do Legislativo ou do Executivo ou quando impõe a estes deveres de atuação, exerce uma função política, que ocasiona a dificuldade denominada de contramajoritária. A jurisdição constitucional e a atuação expansiva do Judiciário têm recebido, críticas de natureza política, que questionam sua legitimidade democrática bem como a sua suposta maior eficiência na proteção dos direitos fundamentais. Nas críticas de natureza ideológica, entende-se o Judiciário como uma instância tradicionalmente conservadora das distribuições de poder e de riqueza na sociedade, para esta, a judicialização funcionaria como uma reação das elites tradicionais contra a democratização, um antídoto contra a participação popular e a política majoritária.¹⁰⁹

Outra crítica, refere-se a capacidade institucional, assim, apesar de caber aos três poderes interpretar e atuar com base na Constituição, se ocorrer divergência a decisão é do Judiciário, porém nem toda matéria deve ser decidida em um tribunal. Neste sentido, a doutrina constitucional tem estudado as ideias de capacidade institucional e a de efeitos sistêmicos com o objetivo de limitar esta excessiva ingerência judicial.¹¹⁰

¹⁰⁷ BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Princípio da separação dos poderes: especialização, independência e harmonia. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho (Org.). **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2011, p. 245.

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf> Acesso em: 04 jun. 2014, p. 11-12.

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf> Acesso em: 04 jun. 2014, p. 12

¹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil

Por último, a crítica quanto à limitação do debate. O direito tem categorias, discurso e métodos próprios de argumentação, logo, exige um conhecimento técnico, isto implica em algumas consequências da judicialização. A primeira é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem e não têm acesso aos *locus* de discussão jurídica. Outra, em razão da transferência do debate público para o Judiciário fomenta uma excessiva politização dos tribunais.¹¹¹

A jurisdição constitucional tem sido relevante ao constitucionalismo democrático, tornou-se um espaço de legitimação discursiva ou argumentativa das decisões políticas coexistindo com a legitimação majoritária¹¹², funciona como contraponto ou complemento. As constituições contemporâneas, dois grandes papéis, mas, o grande papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro, trata-se de proteger e promover os direitos fundamentais, além de resguardar o processo democrático, então, se ocorrer uma atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição será a favor e não contra a democracia.¹¹³

“Nas demais situações – isto é, quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos –, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor-lhes sua própria valoração política. Isso deve ser feito não só por razões ligadas à legitimidade democrática, como também em atenção às capacidades institucionais dos órgãos judiciários e sua impossibilidade de prever e administrar os efeitos sistêmicos das decisões proferidas em casos individuais. Os membros do Judiciário não devem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida –, supondo-se experts em todas as matérias. Por fim, o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve suprimir

contemporâneo. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf> Acesso em: 04 jun. 2014. p. 13 Menciona ainda: “[...] *Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada material [...] o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis podem recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do Judiciário[...]*” p. 13.

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf> Acesso em: 04 jun. 2014, p. 14.

¹¹² Significa: “*Legislativo e Executivo são o espaço por excelência do processo político majoritário, feito de campanhas eleitorais, debate público e escolhas discricionárias. Um universo no qual o título principal de acesso é o voto: o que elege, reelege ou deixa de fora.*” BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf> Acesso em: 04 jun. 2014, p. 18.

¹¹³ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf> Acesso em: 04 jun. 2014, p. 15.

nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juizes.”¹¹⁴

É interessante saber em que medida as posturas conservadoras do Judiciário e o cenário de crise no Legislativo, associados a uma nova concepção de Poder Judiciário na arena política poderá afetar a essência do regime de *checks and balances*. Ao analisar as Cortes Constitucionais que inspiram importantes votos de ministros do STF, como da Alemanha, Itália, Espanha, EUA e Canadá, verifica-se que a atividade jurisdicional produziu uma nova conformação da esfera pública, assim, esses não são apenas regimes com separação de poderes com mecanismos de *checks and balances* e garantias individuais fundamentais, como formulado pela doutrina americana e recepcionado no Brasil, mas, converteram-se em regimes que conferem as Cortes Constitucionais, competências responsivas.¹¹⁵

As inovações promovidas pela Constituição de 1988 para ampliar o rol de legitimados a propor ações de controle concentrado de constitucionalidade, ações civis públicas em defesa de interesses difusos e coletivos, além de instrumentos criados pela jurisprudência do Supremo, como as Súmulas Vinculantes e a Reclamação Constitucional, tem-se que são todos meios judiciais que permitem a composição de conflitos por novos meios, afirmam o poder de aplicação de direitos constitucionais e atraem o interesse de segmentos minoritários por representar novos meios de assegurar a defesa de seus direitos. Permitindo discutir as competências constitucionais conferidas ao Poder Judiciário e a forma como são exercidas, se estão exigir reformas no atual regime constitucional, especialmente nas relações entre os poderes.¹¹⁶

Contudo tem-se um desafio diante do modelo de relações entre os três poderes,

¹¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemo craciaesupremaciajudicial.pdf> Acesso em: 04 jun. 2014, p. 16.

¹¹⁵ Explica que: “Isso significa que as expectativas quanto à efetivação de direitos no campo dos novos direitos sociais e dos direitos de dignidade, antes vistas como meras expectativas políticas, portanto, como temas que deveriam compor a agenda dos partidos e dos parlamentos, tendem a se converter, agora, em expectativas jurídicas vinculantes, isto é, em verdadeiros direitos subjetivos que, por ações judiciais próprias, podem vincular a atuação dos outros dois poderes na linha da efetivação desses direitos fundamentais. Essas Cortes Constitucionais, assim, são mais do que veto players, são positive political players.” STRAPAZZON, Carlos Luiz. O futuro da República e novo Supremo Tribunal Federal. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 64, out. /dez. 2009, p. 193.

¹¹⁶ STRAPAZZON, Carlos Luiz. O futuro da República e novo Supremo Tribunal Federal. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 64, out. /dez. 2009. p. 193-194. Ainda neste sentido, Ferrajoli *apud* Strapazzon: “No fundo, visto que a atividade jurisdicional deixou de ser uma atividade subordinada à vontade do Legislativo, de busca da mens legis, de mera atividade de aplicação de leis, e assumiu uma natureza responsiva, dotada de ius imperi, comprometida com a prestação efetiva de tutela jurisdicional, isto é, com a garantia de direitos de dignidade, diante disso é preciso perguntar se um novo arranjo constitucional precisa ser edificado para assegurar legitimidade política a essas novas ações.” p. 194.

a República que emerge da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fundamentada na premissa de que a Constituição é o maior bem público do estado de direito brasileiro. Assim, defendê-la contra abusos de maiorias políticas circunstanciais e buscar os meios de efetivar os princípios dirigentes de políticas públicas nela contidos é um dever do Supremo.¹¹⁷

O princípio da legalidade ou da reserva legal requerem um Estado de leis e políticas públicas com legitimidade popular, já o princípio da reserva legal proporcional criado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sustentam à República um rol de valores mais abrangentes, que representam valores justos que precisam repercutir no conteúdo das leis e das políticas públicas. Como guardião dessa concepção pública de justiça, o Supremo Tribunal Federal se investe na condição de instituição tipicamente republicana, pois é a guardiã dos mais relevantes bens públicos.¹¹⁸

O Legislativo e o Executivo, manifestam-se como as instituições tipicamente democráticas, assim, o fortalecimento do papel político do Supremo Tribunal Federal permite compreender melhor os elementos republicanos e os democráticos que atuam na construção e administração da coisa pública. A jurisdição constitucional, hoje promove não apenas de um nível mais avançado de controles entre os Poderes da República, mas, enquanto atividade de Estado é a atividade política que revela a dimensão republicana do debate e das ações políticas. Se o absolutismo europeu propiciou a cultura constitucional em seu primeiro significado de estado legislativo dotado de separação de poderes e de direitos fundamentais, tem-se que o federalismo americano propiciou o surgimento do controle de constitucionalidade. Contudo, hoje, o realce dos direitos fundamentais, de sociedade plural e cosmopolita tem fomentado o surgimento de uma nova jurisdição republicana.¹¹⁹

¹¹⁷ STRAPAZZON, Carlos Luiz. O futuro da República e novo Supremo Tribunal Federal. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 64, out. /dez. 2009, p. 194.

¹¹⁸ STRAPAZZON, Carlos Luiz. O futuro da República e novo Supremo Tribunal Federal. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 64, out. /dez. 2009. p. 199. Neste sentido cita ainda: “Atuar como instrumento da Constituição e garante de sua supremacia na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo, ainda, efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte é [...] a missão socialmente mais importante e politicamente mais sensível que se impõe aos magistrados, em geral, e a esta Suprema Corte, em particular em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Alienação Fiduciária e Depositário Infiel. Acórdão em Recurso Extraordinário n. 466.343–SP, Relator: Min. Cezar Peluso. 13.12.2008, Pleno, 2008. p. 7)” p. 199.

¹¹⁹ STRAPAZZON, Carlos Luiz. O futuro da República e novo Supremo Tribunal Federal. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 64, out. /dez. 2009. p. 199. Neste sentido, cita: “[...] Nas Constituições fechadas, do modelo clássico, regidas e interpretadas pelo princípio da legalidade, afeiçãoadas ao normativismo positivista da escola Kelseniana, os [...] tribunais parecem concentrar-se não em direitos fundamentais, mas substancialmente na fiscalização constitucional da distribuição de competência entre os distintos Poderes tanto no plano horizontal quanto vertical. Nas Constituições abertas, regidas pelo princípio

“O futuro da República é o futuro da separação de poderes, da afirmação de direitos fundamentais e da autenticidade da democracia constitucional; se a República Federativa do Brasil exigir reformas constitucionais, passará necessariamente por uma melhor compreensão desse fenômeno da jurisdição constitucional, pois por meio dela, sobretudo pelo modelo complexo, ampliado e acessível vigente no Brasil, pode-se descortinar um novo terreno para a ação cívica e para um novo sentido de comunitas, bem como para um mais aprimorado juízo de bens públicos e de como eles podem ser mantidos e ampliados pela atuação responsiva dos tribunais.”¹²⁰

De acordo com Inocêncio Coelho, não seria admitido no Brasil, na contramão do que ocorreu na história, o apego de maneira anacrônica, ao princípio da separação dos poderes, depois de superadas questões pertinentes a esse dogma, e consolidado o sistema de freios e contrapesos.¹²¹

“ Um dos traços mais marcantes do constitucionalismo contemporâneo é a ascensão institucional do Poder Judiciário. Tal fenômeno se manifesta na amplitude da jurisdição constitucional, na judicialização de questões sociais, morais e políticas, bem como em algum grau de ativismo judicial. Nada obstante isso, deve-se cuidar para que juízes e tribunais não se transformem em uma instância hegemônica, comprometendo a legitimidade democrática de sua atuação, exorbitando de suas capacidades institucionais e limitando impropriamente o debate público. Quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou a preservação dos procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor a eles sua própria valoração política. Ademais, a jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social e os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes.”¹²²

Realizada, as considerações quanto aos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, com fundamento nos argumentos apresentados a partir de pesquisa de referencial teórico, observou-se uma clara a diferenciação entre o ativismo judicial e a judicialização de políticas públicas.

Diante de todo o exposto, dá-se início ao terceiro capítulo, no qual torna-se relevante apresentar a análise de alguns precedentes, no sentido de tornar possível a ampliação de conclusões e por consequência uma maior compreensão quanto ao tema proposto, em especial

da legitimidade, os tribunais constitucionais tomam em geral a feição de corpos político-jurídicos que se inclinam mais aos valores da sociedade e às garantias de proteção dos direitos fundamentais (Bonavides, 2004: 140)” p. 199.

¹²⁰ STRAPAZZON, Carlos Luiz. O futuro da República e novo Supremo Tribunal Federal. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 64, out. /dez. 2009, p. 200.

¹²¹ COELHO, Inocêncio Mártires. **Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial**. [No prelo].

¹²² BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemo craciaesupremaciajudicial.pdf> Acesso em: 04 jun. 2014, p. 45-46.

quanto ao fenômeno da judicialização de políticas públicas e a concretização de direitos fundamentais.

CAPÍTULO 3 – JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: ANÁLISE DE PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1 Dos direitos fundamentais e das políticas públicas

No âmbito da concepção de Estado Constitucional, torna-se pertinente a compreensão referente a quais órgãos seriam competentes para a efetivação dos direitos fundamentais. Neste contexto, também é relevante tratar da participação das políticas públicas na efetivação desses direitos. Inicialmente, pode-se afirmar que não apenas só o legislador, mas inclusive os demais órgãos estatais com poderes normativos, judiciais ou administrativos realizam uma importante tarefa para realização dos direitos fundamentais.¹²³

“A Constituição brasileira de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos fundamentais. Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de emprestar-lhes significado especial. A amplitude conferida ao texto, que se desdobra em setenta e oito incisos e quatro parágrafos (art. 5º), reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos. A ideia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata (art. 5º, § 1º) ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância.”¹²⁴

Além disso, o constituinte também reconheceu que os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, tornando então ilegítima qualquer possibilidade de reforma constitucional tendente a suprimi-los, conforme previsão do art. 60, § 4º, da Constituição Federal.¹²⁵ Os direitos fundamentais são ao mesmo tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Sendo que na condição de direitos subjetivos, tais direitos propiciam aos seus titulares a possibilidade de exigir o cumprimento dos seus interesses.¹²⁶

Outra observação, é quanto ao amplo catálogo de direitos sociais consagrados pela Constituição de 1988. Isto em termos, segue a tradição iniciada pela Constituição de 1934, que incluiu os direitos sociais no seu texto, neste sentido, trazia um capítulo específico intitulado

¹²³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 631.

¹²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 631.

¹²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 631.

¹²⁶ HESSE *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 631.

“Ordem econômica e social”, com especial destaque aos direitos fundamentais que regem as relações trabalhistas.”¹²⁷

“Ademais, a Constituição de 1988 conferiu significado ímpar ao direito de acesso à justiça e criou mecanismos especiais de controle da omissão legislativa (ação direta por omissão e mandado de injunção), destinados a colmatar eventuais lacunas na realização de direitos, especialmente na formulação de políticas públicas destinadas a atender às determinações constitucionais.”¹²⁸

Assim, nos termos do artigo 6º da Constituição Federal, são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. Dispõe ainda, quanto a existência de direitos fundamentais sociais, especificando seu conteúdo e forma de prestação nos artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros. Além disso, faz distinção entre os direitos previstos no Capítulo I do Título II e os direitos sociais do Capítulo II do Título II, ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata conforme o seu artigo 5º, § 1º. Contudo, pode-se observar que os direitos sociais recebidos pela Constituição como autênticos direitos fundamentais.¹²⁹

Quanto as políticas públicas, elas receberam maior importância no âmbito jurídico a partir da mudança de paradigmas do Estado, pois o Estado liberal tinha como paradigma o Estado legislativo, sendo que e a legitimidade do Estado que era fundamentada na expressão legislativa, passou a fundamentar-se na realização de finalidades coletivas, que podem ser atingidas de maneira programada. A organização dessas finalidades torna-se função atribuída principalmente ao Poder Executivo, por meio das políticas públicas.¹³⁰

“A possibilidade de controle de políticas públicas pelo Judiciário tem origem no constitucionalismo, principalmente, numa nova visão de Constituição enquanto norma dotada de força vinculante. Nessa nova concepção de constitucionalismo, exsurtem as seguintes características: as normas constitucionais são entendidas como normas jurídicas; a Constituição é

¹²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 640.

¹²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 640.

¹²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 641.

¹³⁰ COMPARATO *apud* SEFERJAN, Tatiana Robles. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícios Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 304.

superior ao restante das leis; e todos os ramos do direito deve ser interpretado de acordo com o que a Constituição determina.”¹³¹

As Constituições passaram a prever além de direitos e liberdades individuais, os direitos sociais de terceira geração, ampliando o rol de direitos que receberam proteção constitucional. Este é um fator extremamente relevante para efetivação desses direitos, pois, uma consagração constitucional atribui-lhes força normativa no ordenamento jurídico, assim, possibilita que o Judiciário exija do Executivo uma efetividade ao direito, ainda que não exista uma política pública formulada para a solução do caso. Contudo, com a proteção concedida pela constituição a esses direitos originou-se uma obrigação para todos os poderes em atuar para a sua máxima eficácia, tornaram-se portanto, determinações vinculantes aos três poderes.¹³²

Dentre as crescentes demandas levadas ao Poder Judiciário estão presentes aquelas envolvendo os direito à saúde e o direito à educação. Contudo, segue a análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal, sejam eles, o Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 801.676 AgR / PE e o Análise do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 761127 AgR / AP.

3.2 Análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal

3.2.1 Análise do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 801.676 AgR / PE

A presente análise tem como referência o Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo 801.676/PE, que de acordo com relatório do mesmo, foi interposto pelo Estado de Pernambuco, contra decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal que negou provimento ao Agravo em Recurso Extraordinário, que no caso foi interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de Estadual. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Marco Aurélio e relatoria do Ministro Roberto Barroso, por unanimidade de votos, negou provimento ao agravo regimental. Confira-se a seguinte ementa, *in verbis*:

ARE 801.676 AgR / PE:

¹³¹ COMPARATO *apud* SEFERJAN, Tatiana Robles. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícios Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 306.

¹³² SEFERJAN, Tatiana Robles. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícios Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 307-308.

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO DO TRATAMENTO ADEQUADO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. PREVALÊNCIA DO DIREITO À VIDA. PRECEDENTES.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos.

O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento 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.

O Supremo Tribunal Federal entende que, na colisão entre o direito à vida e à saúde e interesses secundários do Estado, o juízo de ponderação impõe que a solução do conflito seja no sentido da preservação do direito à vida.

Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada.

Agravo regimental a que se nega provimento. ARE 801.676 AgR / PE.¹³³

O relator ao analisar o presente agravo regimental, manteve os fundamentos já apresentados na decisão proferida no agravo em recurso extraordinário. A decisão proferida demonstra o entendimento do Supremo Tribunal Federal no que se refere a concretização do direito fundamental à saúde, conforme pode-se observar nos seguintes trechos abordados na presente análise:

“O agravo regimental não pode ser provido, tendo em vista que a parte recorrente se limita a repetir as alegações do recurso extraordinário, sem trazer novos argumentos suficientes para modificar a decisão ora agravada. Nessas condições, deve-se manter pelos seus próprios fundamentos o decisum recorrido [...]”¹³⁴

Assim, como base na decisão recorrida é mantido o fundamento de que apesar do art. 196 da Constituição Federal, apresentar um caráter apenas programático, o Estado não

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário**. ARE 801.676 AgR / PE. Primeira Turma. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Brasília, 19, de agosto de 2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+801676%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EACMS%2E+ADJ2+801676%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pc6cfr9>>. Acesso em: 10 set. 2014.

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário**. ARE 801.676 AgR / PE. Primeira Turma. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Brasília, 19, de agosto de 2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+801676%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EACMS%2E+ADJ2+801676%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pc6cfr9>>. Acesso em: 10 set. 2014.

pode deixar de cumprir seu dever de possibilitar direito à saúde dos cidadãos. Ainda nessa linha, reitera ao fazer menção à decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello, no RE 271.286, na qual consta que o Poder Público, independentemente da esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode apresentar-se indiferente a questão da saúde da população, passível de caracterizar-se, mesmo que por omissão, em uma ofensa a Constituição.¹³⁵

Pode-se acrescentar que o direito à saúde, na Constituição Federal de 1988, aparece como direito um direito fundamental, previsto no Capítulo II, dos direitos sociais, precisamente no art. 6º. Portanto, considerando a atual concepção de Estado Constitucional, na qual a Constituição possui força normativa, este direito deverá ser assegurado a todos a todos os cidadãos e por todos os instrumentos disponíveis.

Ademais, ainda no RE 271.286, consta que o direito público subjetivo à saúde é um bem jurídico previsto na Constituição que deverá ser protegida pelo o Poder Público, através da formulação e implementação de políticas sociais e econômicas para a garantia plena do art. 196 da Constituição.¹³⁶

Neste sentido observa-se o aspecto pertinente a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, assim o direito subjetivo a saúde pode gerar uma pretensão, consequentemente o indivíduo poderá exigir que o poder público encontre meios de concretizá-lo, sendo que o exercício dessa pretensão permite que a demanda seja submetida a um processo de judicialização.

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário**. ARE 801.676 AgR / PE. Primeira Turma. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Brasília, 19, de agosto de 2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+801676%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EACMS%2E+ADJ2+801676%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pc6cfr9>>. Acesso em: 10 set. 2014.

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário**. ARE 801.676 AgR / PE. Primeira Turma. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Brasília, 19, de agosto de 2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+801676%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EACMS%2E+ADJ2+801676%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pc6cfr9>>. Acesso em: 10 set. 2014.

Menciona ainda o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que é pacífico o entendimento de que o Poder Judiciário pode determinar a implementação de políticas públicas referente ao direito à saúde, sem caracterizar uma violação ao princípio da separação dos poderes.¹³⁷

A partir do estudo realizado nos capítulos anteriores, a questão do princípio da separação dos poderes pode ser considerada superada. Pois com a transição do modelo de Estado de Direito para o modelo de Estado Constitucional, uma das peculiaridades que passou a predominar é a de que os poderes constituídos devem atuar com fundamento na concepção de uma interdependência. Assim, os poderes não são mais vistos como isolados uns dos outros mas devem atuar em prol da concretização dos direitos fundamentais.

Por último, menciona, que a parte recorrente não tem razão quanto à alegação de uma possível ofensa aos princípios de isonomia, legalidade, eficiência e à necessidade de licitação. Pois, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no caso de colisão entre o direito à vida e à saúde e interesses secundários do Estado, prevalecerá o direito à vida, tomando por base um juízo de ponderação.¹³⁸

Portanto, no juízo de ponderação, adotado explicitamente pelo Supremo Tribunal Federal, permite fazer prevalecer um direito fundamental quando é confrontado com normas de caráter secundário do próprio Estado. Assim, o Supremo em sua interpretação adere ao método que permite a proteção do direito fundamental.

Concluiu-se por fim, especialmente sob os argumentos analisados, que foi negado provimento ao presente agravo regimental. Observou-se inclusive a menção a outros julgados do próprio Supremo, o que reforça o entendimento dessa corte quanto a necessidade de sua participação em questões atinentes a concretização de direitos fundamentais.

É interessante ainda analisar a posição desta Supremo Tribunal Federal quanto outro direito fundamental, o direito à educação, que também é um direito fundamental de

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário**. ARE 801.676 AgR / PE. Primeira Turma. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Brasília, 19, de agosto de 2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+801676%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EACMS%2E+ADJ2+801676%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pc6cfr9>>. Acesso em: 10 set. 2014.

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário**. ARE 801.676 AgR / PE. Primeira Turma. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Brasília, 19, de agosto de 2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+801676%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EACMS%2E+ADJ2+801676%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pc6cfr9>>. Acesso em: 10 set. 2014.

significativa relevância para toda sociedade. Nesse sentido, segue a análise pertinente ao Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 761127 AgR / AP.

3.2.2 Análise do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 761127 AgR / AP

A presente análise tem como referência o Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo 761127/AP, que, de acordo com relatório do mesmo, foi interposto pelo Estado do Amapá, contra decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal que negou provimento ao Agravo em Recurso Extraordinário, que foi interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de Estadual. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Marco Aurélio e relatoria do Ministro Roberto Barroso, por unanimidade de votos, negou provimento ao agravo regimental. Confira-se a seguinte ementa, *in verbis*:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. DETERIORAÇÃO DAS INSTALAÇÕES DE INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO. CONSTRUÇÃO DE NOVA ESCOLA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA. PRECEDENTES.

As duas Turmas do Supremo Tribunal Federal possuem entendimento de que é possível ao Judiciário, em situações excepcionais, determinar ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas para garantir direitos constitucionalmente assegurados, a exemplo do direito ao acesso à educação básica, sem que isso implique ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Precedentes.

Agravo regimental a que se nega provimento.¹³⁹

O presente agravo regimental foi interposto contra decisão proferida no agravo em recurso extraordinário que negou seguimento ao recurso extraordinário. O relator ao analisar o referido documento, constatou que em situações excepcionais, o Poder Judiciário pode determinar ao executivo a implementação de políticas públicas, com o fim de se garantir direitos assegurados constitucionalmente, dentre estes o direito ao acesso à educação básica, sem qualquer ofensa ao princípio da separação dos poderes.

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo**. ARE 761127 AgR / AP - AMAPÁ. Primeira Turma. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Brasília, 24, de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+761127%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EACMS%2E+ADJ2+761127%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oa5msd2>>. Acesso em: 10 set. 2014..

No mesmo posicionamento, menciona dois precedentes. O primeiro trata-se do RE 628.159-AgR, Rel. da Min. Rosa Weber, proferido pela Primeira Turma. Neste, afirma-se que o Poder Judiciário, no caso de situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionais essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes.¹⁴⁰ O Segundo, trata-se do RE 634.643-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, proferido pela Segunda Turma, no mesmo sentido quando em situações excepcionais, que envolvendo a realização de políticas públicas indispensáveis para a garantia de direitos constitucionais.¹⁴¹

Duas situações semelhantes são identificadas nos recursos acima citados, isto é, a possibilidade de atuação do Judiciário somente em casos excepcionais, isto reflete diretamente uma limitação a hegemonia deste poder frente aos demais. Mas no primeiro, o recurso extraordinário nº 628.159, constata-se a ideia da não violação ao princípio da separação dos poderes o que permite observar a defesa de uma interdependência entre os poderes, logo os poderes devem atuar harmonicamente visando a concretização do direito fundamental à educação.

No recurso extraordinário nº 634.643 tem-se a menção às políticas públicas, que apesar de atividades predominantes dos Poderes Legislativo e Executivo, atuam no âmbito dos direitos fundamentais, logo justifica-se a intervenção do Judiciário, não no sentido elaborar as etapas inerentes a cada política, mas no sentido da promoção dos seus fins, em especial a plena concretização de direitos previstos constitucionalmente.

De acordo com Maria Bucci, a possibilidade de submeter uma política ao controle jurisdicional é inquestionável, em razão da ampla garantia prevista no art. 5º XXXV da Constituição Federal.¹⁴² Então, o Poder Judiciário poderá agir em prol de garantir a tutela de

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo**. ARE 761127 AgR / AP - AMAPÁ. Primeira Turma. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Brasília, 24, de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+761127%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EACMS%2E+ADJ2+761127%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oa5msd2>>. Acesso em: 10 set. 2014.

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo**. ARE 761127 AgR / AP - AMAPÁ. Primeira Turma. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Brasília, 24, de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+761127%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EACMS%2E+ADJ2+761127%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oa5msd2>>. Acesso em: 10 set. 2014.

¹⁴² Assim dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 27 set. 2014.

demandas envolvendo políticas públicas considerando que elas expressam direitos fundamentais que devem ser concretizados.¹⁴³

Primeiramente, no que concerne a educação infantil trata-se de um direito fundamental de toda criança, representa uma prerrogativa constitucional indisponível conforme previsão do art. 208, IV, da Constituição Federal. E essa prerrogativa jurídica, impõe ao Estado, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem concretamente o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, do contrário, poderá configurar-se em inaceitável omissão governamental, caracterizando uma ofensa a Constituição Federal.¹⁴⁴

Ademais, os Municípios que atuam no ensino fundamental e na educação infantil devem cumprir a disposição, juridicamente vinculante, outorgada pelo art. 208, IV, da Constituição. Sendo um fator que limita a discricionariedade político-administrativa desses entes, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche, não podem ser realizadas de modo a comprometer esse direito fundamental em razão da simples conveniência ou de mera oportunidade.¹⁴⁵

Quanto a referida disposição observa-se que o direito à educação em questão é um direito fundamental com previsão na Constituição Federal de 1988 no Capítulo II, que trata dos direitos sociais, precisamente no art. 6º. Assim, em um modelo de Estado Constitucional, no qual a Constituição possui força normativa, este direito, bem como o direito à saúde deverá também ser assegurado a todos os cidadãos.

Além disso, embora seja função primordial, dos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, o Poder Judiciário, em situações excepcionais, poderá atuar. Especialmente, nas hipóteses de políticas públicas definidas pela Constituição, que sejam implementadas, em situações nas quais os órgãos estatais

¹⁴³ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari.(Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 31.

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo**. ARE 761127 AgR / AP - AMAPÁ. Primeira Turma. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Brasília, 24, de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+761127%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EACMS%2E+ADJ2+761127%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oa5msd2>>. Acesso em: 10 set. 2014.

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo**. ARE 761127 AgR / AP - AMAPÁ. Primeira Turma. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Brasília, 24, de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+761127%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EACMS%2E+ADJ2+761127%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oa5msd2>>. Acesso em: 10 set. 2014.

competentes em razão de sua omissão, seja o responsável pelo comprometimento da eficácia e da integridade de direitos sociais e culturais constitucionais.¹⁴⁶

Neste sentido é coerente o posicionamento do Supremo, pois como um dos direitos subjetivos público, a educação impõe um dever para atuação do Estado. No entanto, a questão a ser enfatizada é que a atuação do Judiciário decorre de uma situação excepcional e não meramente no sentido de estabelecer uma hegemonia ante os demais poderes.

Sendo aqui cabíveis as considerações de Victor Assis, quando aborda que é função do judiciário atuar quando estes poderes violarem direitos fundamentais, que devem sempre ser protegidos de abusos ou omissão, mesmo se esta for cometida pelo próprio Estado que deveria concretizá-los. Portanto, o que está sendo defendido é justamente a supremacia da Constituição, ao invés de uma supremacia entre funções estatais.¹⁴⁷

O segundo ponto abordado é quanto ao descumprimento de políticas públicas definidas constitucionalmente, passíveis de ocorrer nas situações em que o Poder Público se abstém de cumprir total ou parcialmente o dever de implementar políticas públicas, pela da inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais ou quando a intervenção do Poder Judiciário, objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, em razão de omissão estatal. Nesses casos, poderá incidir em alguma hipótese legitimadora de intervenção jurisdicional¹⁴⁸

Portanto as hipóteses elencadas neste julgado, em nenhum momento demonstram o interesse em uma usurpação de competência, pelo contrário, delimitam e restringem as situações passíveis de uma intervenção do Judiciário. Assim, também reflete a importância e a missão do Supremo no ordenamento jurídico vigente.

O terceiro aspecto tratado, e último ponto da decisão que merece significativo destaque, centra-se na controvérsia pertinente à “reserva do possível” e a intangibilidade do mínimo existencial. A destinação de recursos públicos, geralmente escassos, promove conflitos,

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo**. ARE 761127 AgR / AP - AMAPÁ. Primeira Turma. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Brasília, 24, de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+761127%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EACMS%2E+ADJ2+761127%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oa5msd2>>. Acesso em: 10 set. 2014.

¹⁴⁷ ASSIS, Victor Hugo Siqueira de. O controle judicial das políticas públicas: a problemática da efetivação dos direitos fundamentais sociais. **Revista Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 13, n. 2, jul./ dez 2012, p. 294.

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo**. ARE 761127 AgR / AP - AMAPÁ. Primeira Turma. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Brasília, 24, de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+761127%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EACMS%2E+ADJ2+761127%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oa5msd2>>. Acesso em: 10 set. 2014.

tanto para a execução de políticas públicas como na própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição. Assim, o Poder Público em razão da insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, é forçado a realizar o que se denominou de verdadeiras escolhas trágicas. Entretanto, a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada, pelo Poder Público, para fraudar, frustrar e ou inviabilizar a implementação de políticas públicas previstas na Constituição, pois tem limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que no nosso ordenamento, trata-se de uma emanção direta do princípio dignidade da pessoa humana.¹⁴⁹

O aspecto mencionado ressalta uma questão de profunda relevância para a concepção do Estado Constitucional, o princípio dignidade da pessoa humana.

“A noção de ‘mínimo existencial’, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV).”¹⁵⁰

Contudo, é necessário abordar alguns aspectos relacionados a eficácia dos direitos fundamentais e a efetivação de políticas públicas. Neste sentido, Victor Assis, coloca que independente da previsão do art. 5º, §1º da Constituição, que dispõe expressamente que tanto os direitos e garantias fundamentais devem ter uma aplicação imediata, caracterizando tais normas como de eficácia plena, a questão não é consensual, em especial quanto aos direitos fundamentais, uma vez que demandam prestações positivas por parte do Estado.¹⁵¹

Aqui é possível adentrar no tema a respeito da reserva do possível, pois o

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo**. ARE 761127 AgR / AP - AMAPÁ. Primeira Turma. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Brasília, 24, de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+761127%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EACMS%2E+ADJ2+761127%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oa5msd2>>. Acesso em: 10 set. 2014.

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo**. ARE 761127 AgR / AP - AMAPÁ. Primeira Turma. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Brasília, 24, de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+761127%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EACMS%2E+ADJ2+761127%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oa5msd2>>. Acesso em: 10 set. 2014.

¹⁵¹ ASSIS, Victor Hugo Siqueira de. O controle judicial das políticas públicas: a problemática da efetivação dos direitos fundamentais sociais. **Revista Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 13, n. 2, jul./ dez 2012, p. 286-287.

Poder Judiciário ao determinar o cumprimento de um direito social previsto constitucionalmente, de maneira fática encontrará como óbice a quantidade de recursos disponíveis para os gastos públicos. Tais recursos, geralmente escassos, podem impedir o cumprimento de uma decisão judicial.¹⁵²

Os direitos fundamentais sociais surgiram com o fundamento de a partir de uma ideia de justiça social, visando propiciar aos indivíduos condições para uma vida com dignidade. Assim esses direitos estão atrelados a ideia de mínimo existencial, e impõe ao Estado *um facere*, ou seja a exigência de prestações positivas em prol do indivíduo. Neste sentido, os Poderes Legislativo e Executivo são demandados a implementar os direitos fundamentais sociais que estão previstos na Constituição, sendo as políticas públicas instrumentos para efetivação desses direitos. Tais poderes ao realizar as etapas de elaboração dessas políticas, incluem o direcionamento de recursos, que não raramente são entraves para concretização do direitos fundamentais.¹⁵³

[...] o mínimo existencial assume o caráter de regra, e, por via de consequência, não está sujeito a ponderação. Dessa forma, em relação ao mínimo existencial, não se vislumbra a possibilidade de ponderação baseada na escassez de recursos(reserva do possível), já que se trata de garantia de proteção mínima dos direitos sociais, indispensável à sobrevivência do titular com dignidade.¹⁵⁴

Foi negado provimento ao presente agravo regimental,¹⁵⁵ que considerou como fundamento todos os argumentos mencionados na análise. Interessante ressaltar ainda, a constante remição a alguns precedentes proferidos em casos semelhantes e julgados pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

¹⁵² WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, v. 4, 2009, p. 539-540.

¹⁵³ ASSIS, Victor Hugo Siqueira de. O controle judicial das políticas públicas: a problemática da efetivação dos direitos fundamentais sociais. *Revista Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 13, n. 2, jul./ dez 2012, p. 286-289.

¹⁵⁴ ASSIS, Victor Hugo Siqueira de. O controle judicial das políticas públicas: a problemática da efetivação dos direitos fundamentais sociais. *Revista Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 13, n. 2, jul./ dez 2012, p. 292.

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo**. ARE 761127 AgR / AP - AMAPÁ. Primeira Turma. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Brasília, 24, de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+761127%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EACMS%2E+ADJ2+761127%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oa5msd2>>. Acesso em: 10 set. 2014.

CONCLUSÃO

Diante do exposto nesta pesquisa, foi possível concluir com base no modelo de Estado Constitucional que no tange ao aspecto da supremacia da Constituição, que a Constituição passa a ser considerada como a maior norma jurídica que prima pela valorização dos direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Quanto ao princípio da separação dos poderes, nesse contexto, assume uma nova compreensão quando confrontado com o modelo de Estado de Direito, sendo necessário estabelecer uma relação de interdependência entre os Poderes, visando assim, a concretização dos direitos fundamentais. Por último, a abordagem da perspectiva, jurídico-subjetiva para a perspectiva objetivo-objetiva do direitos fundamentais que propiciou um sentido imperativo para Estado para a concretização dos direitos fundamentais, entretanto, a dimensão objetiva não implica na eliminação da subjetiva, mas existem simultaneamente.

Ademais, foi possível conceituar e diferenciar os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização de políticas públicas, bem como, identificá-los no âmbito do Estado Constitucional. Além disso, demonstra-se a existência de argumentos a favor e contra a manifestação dos mesmos no Brasil. Contudo, a crítica proeminente centra-se no princípio da separação do poderes, que no entanto, pode ser diretamente afetada em razão da visão que defende a interdependência entre o poderes.

No sentido da concretização dos direitos fundamentais com base na análise de dois julgados do Supremo Tribunal Federal, foi possível identificar o entendimento do mesmo no que tange aos precedentes analisados bem como, em outros que foram tomados como referência nessas decisões. Dentre os aspectos pertinentes aos precedentes analisados foram identificados: a não violação ao princípio da separação do poderes; a aplicação do juízo de ponderação no sentido da preservação do direito fundamental em face de interesses secundários do Estado; em situações excepcionais, a determinação ao Executivo para implementar políticas públicas e garantir direitos previstos na Constituição; e os efeitos que emanam do princípio da dignidade da pessoa humana, em especial na garantia do mínimo existencial.

Ainda verificou-se a manifestação dos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização de políticas públicas, entretanto, o problema apresenta-se no excesso de tais práticas. Pois, as constantes demandas ao Poder Judiciário, podem gerar uma presunção inerente a certa necessidade de complementação ou mesmo a realização de funções que deveriam ser realizadas pelos demais poderes, em especial, a garantia de direitos fundamentais através das

políticas públicas. Contudo, no contexto do Estado Constitucional, fica demonstrado que a participação do Poder Judiciário favorece significativamente a concretização de direitos fundamentais, sem com isso ocorrer lesão ao princípio da separação dos poderes, tendo por fundamento a ideia de interdependência entre os poderes.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Victor Hugo Siqueira de. O controle judicial das políticas públicas: a problemática da efetivação dos direitos fundamentais sociais. **Revista Espaço Jurídico**: Joaçaba, vol. 13, nº 2, jul./ dez 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemo craciaesupremaciajudicial.pdf> Acesso em: 04 jun. 2014.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed.. São Paulo: Saraiva, 2006.

BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Princípio da separação dos poderes: especialização, independência e harmonia. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho (Org.). **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 27 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário**. ARE 801.676 AgR / PE. Primeira Turma. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Brasília, 19, de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+801676%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EACMS%2E+ADJ2+801676%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pc6cfr9>>. Acesso em: 10 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo**. ARE 761127 AgR / AP - AMAPÁ. Primeira Turma. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Brasília, 24, de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+761127%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EACMS%2E+ADJ2+761127%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oa5msd2>>. Acesso em: 10 set. 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari.(Org.). **Políticas Públicas**: reflexões sobre políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de Direito**. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>> Acesso em: 10 out. 2014.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial**. [No prelo]

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FAZIO, Cipriano César. Panorama sobre o ativismo judicial e a judicialização da política no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, ano 103, v. 939, jan. 2014.

GRANJA, Cícero Alexandre. **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais**. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/modo1_cat.php?sid=52&ssid=118&cid=56>. Acesso em: 27 set. 2014.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Estado democrático de direito como Estado de Direitos fundamentais com múltiplas dimensões**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/300807.pdf>> Acesso em: 11 out. 2014.

HAUSCHILD, Mauro Luciano. **Judicialização das políticas públicas na área da saúde**. Disponível em: <<http://www.carreirasjuridicas.com.br/downloads/dia08oficina13texto3.pdf>> Acesso em: 10 nov. 2013.

MACHADO, Clara Cardoso. **Limites ao ativismo judicial à luz do constitucionalismo fraterno**. Disponível em: <http://www.academus.pro.br/mundojustica/artigomj_fraterno.pdf> Acesso em: 5 jun. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PELUSO, Cezar. **Constituição, direitos fundamentais e democracia: o papel das supremas cortes**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/eua_cp.pdf. Acesso em: 12 out. 2014.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. Colombia**: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Brasília: Cunha Logrado, 2011.

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

ROMANELLI, Sandro Luís Tomás Ballande. Para reatar Ulisses: a judicialização da política como mastro garantidor dos pré-compromissos constitucionais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 1, n. 1, jan./jun. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012.

SEFERJAN, Tatiana Robles. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícios Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Estado constitucional cooperativo**: O futuro do Estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter. Härberle. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Christine_rev72.htm>. Acesso em: 09 out. 2014.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Estado de Direitos Fundamentais**: do Estado de Direito ao Estado Constitucional. [No prelo].

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Supremo Tribunal de Direitos fundamentais**: papel do STF no Estado Constitucional Brasileiro. [No prelo].

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Transjusfundamentalidade**: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais. Tese (Doutorado)-Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição. Universidade de Brasília, 2013.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Direitos Fundamentais**: uma contribuição para uma teoria geral. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA. Lúcio Tadeu. **O Estado Constitucional cogitado por Gustavo Zagrebelsky**. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/76-artigos-jun-2007/5622-o-estado-constitucional-cogitado-por-gustavo-zagrebelsky>>. Acesso em: 18 out. 2014.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. O futuro da República e novo Supremo Tribunal Federal. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 64, out. /dez. 2009.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 539-540, 2009.