



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UniCEUB
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS

ALLYSSON CRISTIANO RODRIGUES DA SILVA

**ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE
EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

Brasília
2017

ALLYSSON CRISTIANO RODRIGUES DA SILVA

**ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE
EFETIVIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a. Alice Rocha da Silva

Brasília
2017

Silva, Allysson Cristiano Rodrigues da.
Análise do Ativismo Judicial como instrumento de efetivação do direito à saúde.
Silva, Allysson Cristiano Rodrigues da.
125 f.

Impresso por computador.
Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas do Centro
Universitário de Brasília - UniCEUB.
Orientadora: Prof.^a Dr.^a. Alice Rocha da Silva

1. 2. 3. I. Título.

CDU ?????

ALLYSSON CRISTIANO RODRIGUES DA SILVA

**ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE
EFETIVIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

Brasília, 28 de setembro de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a. Alice Rocha da Silva, Orientadora

Prof. Dr. João Carlos Medeiros de Aragão, Examinador

Prof. Dr. Jefferson Carús Guedes, Examinador

À minha família, aos professores e a todos que de algum modo contribuíram para que eu concluísse o mestrado e elaborasse esta dissertação, dedico.

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me dado forças, para progredir nessa caminhada.

Agradeço a minha família, pela paciência e pela compreensão em todos os momentos em que necessitei me ausentar.

Agradeço ainda a todos os professores do Mestrado e a minha Orientadora, pela paciência, providenciais orientações durante o processo de elaboração deste trabalho.

“Democracia é a forma de governo em que o povo imagina estar no poder.”

Carlos Drummond de Andrade

RESUMO

O ativismo judicial remete à ingerência do Poder Judiciário que atinge o quadro político nas democracias atuais de diversos Estados. O efeito dessa interferência consiste na expansão do Judiciário na análise de temas restritos às funções típicas dos Poderes constituídos dos regimes democráticos, Executivo e Legislativo, com amparo na Teoria da Separação dos Poderes. O ativismo judicial não equivale a conferir ao Judiciário as competências do Legislativo, o que significaria afastar os dogmas e as implicações da separação dos Poderes. Esse mecanismo representa a concretização democrática das prerrogativas essenciais, mediante a atuação do Judiciário sempre em obediência à Constituição e às prescrições democráticas. O objetivo deste trabalho é delinear o espaço contemporâneo da Democracia, o Neoconstitucionalismo, o Constitucionalismo, o Ativismo Judicial, a autocontenção judicial e a concretização deste com relação ao direito à saúde na Alemanha, na Argentina, no Brasil e na Espanha, além de expor as recentes tendências da jurisdição constitucional nesses países, fundada no ativismo judicial, peculiaridade do Neoconstitucionalismo.

Palavras-chave: Democracia; Neoconstitucionalismo; Ativismo Judicial; efetivação direito à saúde.

ABSTRACT

Judicial activism refers to the interference of the judiciary that reaches the political framework in the current democracies of several States. The effect of this interference consists in the expansion of the judiciary on restricted themes analysis to typical functions of the executive and legislative branches, with support on the theory of separation of powers. Judicial activism is not to give the Judiciary the powers of the legislature, which would keep the doctrines and the implications of the separation of powers. This mechanism represents the democratic achievement of fundamental rights through the actions of the Judiciary always in accordance with the Constitution and democratic principles. The aim of this paper is to outline the contemporary space of Democracy, Postpositivism, Constitutionalism, Judicial Activism, judicial self-restraint and the realisation of this with respect to the right to health in Germany, Argentina, Brazil and Spain, in addition to evaluating the recent trends of the constitutional jurisdiction in those countries, founded on judicial activism, peculiarities of the Neoconstitucionalismo.

Key-words: Democracy; Neo-constitutionalism; Judicial Activism; right to health realization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
Teoria da Separação dos Poderes, Democracia e Neoconstitucionalismo	12
CAPÍTULO 1 ESPAÇO DA DEMOCRACIA E DO NEOCONSTITUCIONALISMO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	22
1.1 Estado Democrático de Direito	22
1.2 Constitucionalismo no Estado Democrático de Direito	25
1.3 Neoconstitucionalismo no Estado Democrático de Direito	31
1.4 Espaço da democracia na atualidade	39
CAPÍTULO 2 ATIVISMO JUDICIAL, CONCEITUAÇÃO, IMPLICAÇÕES JURÍDICAS E AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL	54
2.1 Conceituação	54
2.2 Implicações jurídicas	64
2.3 Autocontenção judicial	72
CAPÍTULO 3 ATIVISMO JUDICIAL: VISÃO DO DIREITO À SAÚDE – ALEMANHA, ARGENTINA, BRASIL E ESPANHA	80
3.1 Alemanha	82
3.2 Argentina	86
3.3 Brasil	92
3.4 Espanha	104
CONCLUSÃO	111
REFERÊNCIAS	118

INTRODUÇÃO

O ativismo judicial, unido à judicialização da política e à politização da Justiça, demonstra a intromissão do Judiciário nos atos tanto do Poder Executivo quanto e, sobretudo, do Legislativo. Tal fenômeno tem sido mais verificado nas democracias contemporâneas.

Os efeitos dessa nova maneira de atuação são a expansão do poder jurídico em temas os quais originalmente eram restritos às atribuições do Executivo e do Legislativo, em respeito à doutrina da separação harmoniosa entre os Poderes.

A recente forma de exercer o poder judicial, mesclando-o com o político, vem sendo observada tanto em Estados europeus, quanto em americanos e latino-americanos, tais qual Brasil e Argentina.

Em razão da relevância e da atualidade da matéria, esta Dissertação intenta comparar a concretização do ativismo judicial no que respeita ao direito à saúde na Alemanha, na Argentina, no Brasil e na Espanha. Não há casos isolados de ativismo judicial, mas diversas condutas dos Tribunais de alguns Estados de, ao serem provocados, agir coerentemente com os princípios constitucionais, dado que o Legislativo ou o Executivo foram ineficientes ou omissos nas prontas respostas a serem dadas a anseios e demandas sociais na área da saúde.

O objetivo geral do trabalho é apresentar a atuação, manifestamente ativista, do Judiciário nesses países com relação ao direito à saúde, quando este Poder afeta as ações dos outros de modo incisivo, alterando significativamente a relação entre eles e modificando a estrutura de *cheks and balances*, provocando por vezes conflitos entre eles.

Como objetivos específicos, busca-se caracterizar as diferenças entre democracia, constitucionalismo e neoconstitucionalismo no Estado Democrático de Direito, entender em que consiste realmente a prática do ativismo judicial e examinar como ele se realiza em quatro nações democráticas no que tange ao direito à saúde.

Ademais, elucida a utilização da “reserva do possível”, mecanismo utilizado, para delimitar o poder decisório dos magistrados, sempre que estes se posicionam contra atos do Executivo e determinam que este cumpra determinada exigência, mas

este Poder alega contenções orçamentárias e financeiras para não cumprir a determinação do juiz. Em tal contexto, a reserva do possível pode ser utilizada pelo julgador, para indeferir uma solicitação do reclamante, mesmo que envolva a efetivação de um direito fundamental.

Além disso, visa estudar o fenômeno da autocontenção judicial, que se contrapõe ao ativismo judicial, restringindo a postura proativa do Judiciário no julgamento de temas atinentes à proteção dos direitos fundamentais, sob a ilação de que a ingerência excessiva desse Poder fere a independência entre os Poderes e desrespeita um dos dogmas da Teoria da Separação Tripartite dos Poderes.

Teoria da Separação dos Poderes, Democracia, Constitucionalismo e Neoconstitucionalismo

Os cidadãos, no percurso da Idade Antiga e da Média, viam-se como um dos elementos que compunha o todo, grupo político-social que os protegia, cuja identidade era una, sem possibilidade de ocorrer qualquer tipo de mobilidade social¹.

Com a reformulação dos padrões de economia e produção, ocorrida na Idade Moderna, foi sendo questionada a ordem social vigente à época, uma vez que a razão e a técnica científica introduziram nova forma de convívio social e conseqüentemente econômico. O Capitalismo, inovando os sistemas de produção, estimulou a competição entre as pessoas e permitiu a mobilidade social, pois os cidadãos podiam ascender social e economicamente. Paradigmas antes imobilizados e eternos foram se modificando, transformando-se, alterando com isso a ordem social, então hierarquizada, e ganhou força a valorização do ser humano, julgado livre, racional, igual a seus pares².

Com tantas modificações, tornou-se fundamental repensar a ideia de Estado, o qual passou a se preocupar com assegurar a coesão social, porém não mais fundada somente nas tradições, incapazes agora de unir os indivíduos em sociedades conformadas politicamente. Assim, definiram-se teses contratualistas, segundo as quais deveria haver um contrato social, assentado entre os elementos do grupo social, capaz de garantir não só a busca individual pela felicidade, mas também a fixação de

¹ PENNA, M. C. V. M. Constitucionalismo: Origem e Evolução Histórica. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC* n. 21, jan./jun., 2013.

² *Ibidem*.

comportamentos julgados morais a serem respeitados e seguidos por todos os membros do grupo³.

Um dos modos de se alcançar a unidade social foi representado pela criação da Teoria da Separação dos Poderes. Essa tese foi exposta, a princípio com viés político, por John Locke (1632-1704)⁴. Esse pensador, ao estudar as sociedades políticas de sua época, julgou serem necessários três poderes, para que o Estado bem desempenhasse suas funções: Legislativo, Executivo e Federativo. Segundo ele, o Legislativo deveria deter a competência de criar as leis, visando estruturar a sociedade política e orientar o comportamento de seus componentes. As normas produzidas tinham de se sedimentar com o tempo, embora requeressem avaliação contínua, conforme a sociedade evoluísse⁵.

Como o Legislativo respondia pela produção das leis, era indispensável haver outro poder que as executasse, distinto do Legislativo, a fim de que interesses pessoais dos que as elaboravam não influenciassem sua adequada execução. Essa competência seria então devida ao Poder Executivo, responsável pela concretização das normas. Para Locke⁶, o Poder Federativo e o Executivo, embora representados por diferentes pessoas, estavam constantemente conectados entre si; dividiam o poder de declarar combates, lutas e paz, de assentar pactos e parcerias com outros Estados e decidir sobre quaisquer outros temas afetos a relações exteriores. Na visão de Locke, porém, o Poder supremo era o Legislativo e os outros deviam necessariamente estar a ele subordinados.

Já Montesquieu (1689-1755)⁷, inspirado nas ideias de Locke, avançou, ao falar acerca da tripartição de poderes. De acordo com Montesquieu, mediante a separação dos Poderes, era possível afiançar a liberdade política, por meio da proteção a determinadas garantias processuais as quais assegurassem a liberdade. Este pensador formulou teses que demonstravam a diferenciação entre a liberdade política e a sua conexão com a Constituição e o cidadão, com a participação obrigatória deste nas decisões que definissem os rumos políticos da nação. Para que isso realmente

³ PENNA, M. C. V. M., op. cit.

⁴ LOCKE, J. *Dois Tratados sobre o Governo*. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 513.

⁵ *Ibidem*, p. 513.

⁶ *Idem*, p. 514-517.

⁷ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 2004.

se concretizasse, era fundamental que os Poderes Executivo, Judicial e Legislativo possuísem funções claramente identificadas e desempenhadas por diferentes indivíduos, desde que com plena harmonia entre eles e soberania de todos.

Outro analista político que contribuiu para a consagração da Teoria da Tripartição de Poderes foi Rousseau⁸, o qual, junto com Montesquieu, influenciou na elaboração da Constituição inglesa, bem como na aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, que assegura direitos fundamentais e liberdade.

A partir da prioridade conferida ao Constitucionalismo, definiu-se nova forma de ordenamento político, dado que o Estado Democrático Constitucional estava necessariamente atrelado à noção do Estado de Direito, com a conquista dos direitos fundamentais do homem e a consolidação do Constitucionalismo. Estava então sedimentada a ideia do Constitucionalismo, embora o Direito grego, o romano, o bizantino já tivessem de algum modo estabelecido ideais contratualistas e constitucionalistas, por intermédio da acepção da ideia de cidade, cidadão, Estado, práticas políticas. A cidade favorecia o bem-estar da sociedade e contribuía para unificar as pessoas em torno de ideologias econômico-político-sociais⁹.

Para muitos analistas históricos, contudo, só se entende o efetivo desenvolvimento do Constitucionalismo a partir das Constituições escritas: a da França, em 1791, e a dos Estados Unidos da América, em 1787, em seguida à Revolução Francesa. Na Inglaterra também foram promulgadas Constituições, como a Pequena Carta (1100), a Constituição de Claredon (1164), a qual restringiu os poderes da Igreja, e o Assize de Claredon (1166), que significou o marco de transição da monarquia absoluta para a constitucional¹⁰.

Já a Magna Carta inglesa, revista e confirmada, alterou a composição do Grande Conselho, antes restrito à nobreza e ao clero. Passaram a compô-lo dois burgueses de cada cidade e dois cavaleiros de cada condado. A nova formatação existente no que tange à sua composição que, além dos membros da nobreza e do clero, passou a contar também com dois cavaleiros de cada condado e dois burgueses

⁸ ROUSSEAU, J. *O contrato social*. São Paulo: Editora Cultrix Ltda., 2008.

⁹ PENNA, M. C. V. M., op. cit.

¹⁰ Ibidem.

de cada cidade, implicou a superação e a origem da Câmara dos Lordes e a dos Comuns¹¹.

Modernamente, as ideias atreladas ao Constitucionalismo sofreram a influência de diversos eventos ocorridos nos Estados Unidos da América, como a assinatura do Pacto de Mayflower (Carta Política de Covenant) por colonizadores ingleses instalados na Virgínia, a Revolução Norte-americana, a realização do Primeiro Congresso Continental da Filadélfia, a independência dos Estados Unidos. Este fato resultou no estabelecimento da Federação dos Estados Unidos da América, conformada por treze estados, com a produção da Carta Constitucional de 1787. Os cidadãos norte-americanos legalizaram o novo Estado formado depois da Guerra da Independência, produzindo um texto no qual estava presente e garantida a diversidade política e socioeconômica provinda das diferenças existentes no período colonial¹².

Terminada a Guerra, os cidadãos norte-americanos legalizaram o novo Estado, mediante a elaboração da Constituição na qual as diversidades históricas advindas dos tempos coloniais – a variedade socioeconômica e política – deviam ser contempladas e unificadas, em nome da unidade nacional. Na Filadélfia, em 1787, representantes dos treze estados da Federação se reuniram, redigiram e aprovaram a Constituição dos Estados Unidos da América, que influenciou na confecção de várias Cartas Magnas de outros países¹³. Foi dessa forma instituída e firmada a fase das Constituições escritas. Em quase todas se encontrava a tripartição de poderes, com a convivência harmônica entre eles e a definição precisa das competências e das funções a serem cumpridas pelo Executivo, pelo Legislativo e pelo Judiciário, sem que um se imiscuisse nos atos do outro.

Contemporaneamente, entretanto, esse modelo de tripartição de poderes foi sendo paulatinamente substituído por outro mais flexível, em que cada Poder passou a incorporar novas funções, antes exclusivas de outro Poder. Assim, o Executivo tem

¹¹ PENNA, M. C. V. M., op. cit.

¹² Ibidem.

¹³ Idem.

se valido da função legislativa, ao produzir decretos, normas e medidas provisórias, o que seria originalmente de competência exclusiva do Legislativo.

O Judiciário, por sua vez, tem, com alguma frequência, interferido em atos inerentes e internos aos outros Poderes, sob a alegação de que alguns deles feriam claramente disposições constitucionais, desempenhando função originalmente atípica desse Poder. Como garantidor do cumprimento aos preceitos constitucionais, o Judiciário vem deliberando em questões afetas a outros temas, como desenvolvimento pessoal, nepotismo, vestuário, integridade física, atividades de “controle abstrato” de regras, com o propósito de solucionar divergências de alçada entre órgãos e dirimir contestações acerca de normas ou determinações judiciais.

Atualmente, em determinado sistema equilibrado de partilha de competências institucionais, o Judiciário pode deduzir sobre a racionalidade e a razoabilidade de se ferir ou lesar qualquer direito coletivo ou individual, questionando possível posicionamento arbitrário do legislador. Essa nova atuação do Judiciário inaugura a fase do Neoconstitucionalismo, no qual as funções e as competências dos Poderes estão diluídas, interconectadas.

Pode-se assim definir o Neoconstitucionalismo, ou Constitucionalismo Pós-Moderno, ou Pós-Positivismo, como dogma desenvolvido na segunda metade do século XX, depois de finda a Segunda Guerra Mundial. A nova teoria julga a Constituição como ferramenta capaz de garantir a materialização das garantias fundamentais do indivíduo, visando atribuir mais eficiência aos preceitos constitucionais. Nesse sentido, no Neoconstitucionalismo há a valorização do ser humano e dos direitos fundamentais deste; a norma jurídica ganha superioridade e imperatividade; a materialização dos valores constitucionais; a garantia a circunstâncias mínimas de existência a cada pessoa; a expansão da jurisdição constitucional, priorizando o estabelecimento de órgãos constitucionais e a definição de novos procedimentos e preceitos de hermenêutica constitucional.

Para cumprir tais requisitos, esse recente Constitucionalismo se caracteriza por mais juízes que legisladores, mais concretização que interpretação, mais Constituição que normas, leis, mais princípios que regras. O Neoconstitucionalismo consiste em fenômeno teórico de revalorização do Direito Constitucional, de novo entendimento acerca do papel da Constituição na ordem jurídica. Tal doutrina objetiva reestruturar

o Direito Constitucional fundado em novas proposições, como a propagação dos dogmas dos direitos fundamentais e do vigor normativo da Carta Magna, buscando converter o Estado legal em constitucional.

A partir do entendimento a respeito do que representa o Neoconstitucionalismo, a nova teoria propicia a possibilidade de se realizar a interpretação criativa dos textos constitucionais, que pode não somente identificar novos direitos, como também expandir a proteção aos existentes. Para que isso ocorra, o Judiciário passa a atuar com mais eficácia, mais liberdade, sem se prender necessariamente às suas competências originais, determinadas pela tripartição dos Poderes. Esse Poder detém expressiva participação na efetivação dos valores e das finalidades constitucionais, com mais intromissão no escopo de ação dos outros Poderes. A nova atuação do Judiciário é denominada comumente como ativismo judicial, fenômeno em expansão em vários Estados constitucionalistas, embora não se fale em discricionariedade judicial, porquanto a recém-firmada forma de interpretar a Constituição está concentrada na dedução objetiva.

O ativismo judicial, procedimento que sobreveio das ideias neoconstitucionalistas, como meio de assegurar a consecução dos preceitos constitucionais, sobretudo no que se refere aos direitos fundamentais, caracteriza-se como, dentre outras, a estipulação de comportamentos, ou a proibição a eles, ao Poder Público, mormente quando afetos a políticas públicas; a declaração de inconstitucionalidade de atos dos legisladores; a aplicação dos preceitos constitucionais em matérias não inseridas na Constituição. Com isso, acaba ocorrendo por vezes o enfraquecimento do Executivo e do Legislativo, uma vez que o Judiciário vem agindo em situações não enfrentadas por ambos, demonstrando o protagonismo deste Poder em detrimento dos outros.

No Neoconstitucionalismo, no qual se constata a materialização do ativismo judicial, ocorre o fortalecimento do Poder Judiciário, na medida em que o texto constitucional está igualmente robustecido. Então não há que se falar em atitude discricionária do Judiciário, compelido a agir dentro dos limites impostos pela própria Constituição, embora repleta de interpretações objetivas e valorativas.

No ativismo judicial, verifica-se a extrapolação da função jurisdicional, com sensível prejuízo da função legislativa e da administrativa. De modo geral, defende-

se a ideia de que nenhum órgão pode deter funções de que resulte o enfraquecimento do poder e da competência atribuídos a outro. Nesse contexto, o ativismo judicial representaria o desvirtuamento da Teoria da Separação dos Poderes. Mas o novo Constitucionalismo, ao valorizar os preceitos constitucionais e admitir novas interpretações destes, delegou ao Judiciário a possibilidade de interferir em atos ou omissões dos outros Poderes, por serem inoperantes, ineficientes, passivos ou ferirem normas constitucionais. Sucede então a descaracterização da função típica do Judiciário, necessária, no entanto, quando este precisa garantir as atividades constitucionalmente relacionadas ao Executivo e, sobretudo, ao Legislativo.

Os meios de controle¹⁴ empregados pelo Judiciário têm exercido papel essencial na esfera da nova concepção da tripartição dos Poderes, notadamente no Estado de Direito Contemporâneo.

Desse modo,¹⁵ o deslocamento da atuação legislativa para os Tribunais vem se expandindo de forma crescente, em âmbito mundial, em processo permanente e inafastável.

Embora haja várias críticas ao fortalecimento do Judiciário, no sentido de que tal fato desequilibra a balança dos Poderes, Cappelletti expõe o que legitima o ativismo judicial:

[...] a) acha-se dissipada a ilusão ocidental relativa à capacidade dos ramos políticos (Executivo e Legislativo) em materializar o consentimento dos governados; b) não é possível desconhecer o esforço dos tribunais em modelar suas decisões, não com arrimo nas idiosincrasias e predileções subjetivas de seus membros, mas com o escopo de permanecerem fiéis ao sentido de justiça e de equidade da comunidade; c) a justiça constitucional configura mecanismo de aumento da representatividade global do sistema através da proteção dos grupos que não têm acesso aos ramos políticos do Estado (Legislativo e Executivo); d) a possibilidade de seleção dos juizes dentre as diversas camadas da população, ou ainda as facilidades para que todos os interessados possam aceder aos tribunais, fez com que a jurisdição constituísse, no Estado democrático, um forte sentimento de participação diante duma legislação e uma máquina burocrática distantes; e) em se considerando que uma democracia não poderá subsistir numa conjuntura onde os direitos e liberdades dos cidadãos careçam de proteção eficaz, apresenta-se como essencial daquela o controle judicial dos ramos políticos, porquanto a ideia

¹⁴ PIÇARRA, N. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 259.

¹⁵ BEÇAK, R. Congresso Nacional do Compedi, 17, 2008, Salvador. *Anais*, p. 2.768.

democrática não se resume a simples maiorias, significando também participação, liberdade e tolerância¹⁶.

Em resposta às críticas ao ativismo judicial formuladas por diversos autores e estudiosos, criou-se a figura da autorrestrrição judicial, que, segundo eles, nada mais representa que a estrita obediência à lei e à Carta Magna. O fenômeno, segundo defensores, almeja preservar a separação e a independência dos Poderes, acatando a competência do Executivo e a do Legislativo, conferida constitucionalmente, de, respectivamente, executar e legislar. A autocontenção não considera, contudo, os casos em que a inércia governamental, a inação e a passividade legislativa ferem princípios democráticos, ao não assegurar aos cidadãos a consecução dos direitos fundamentais, relativos à sobrevivência digna e à manutenção da qualidade de vida dos indivíduos.

Em razão de sua relevância, o fenômeno não está limitado a alguns Estados; por isso, o consenso quanto à presença do ativismo judicial nas sociedades contemporâneas, a sua concretização e as suas implicações jurídicas têm ocorrido em alguns países, conquanto de modo diferenciado. Em tal conjuntura, entender como tal evento repercute em alguns Estados propiciará melhor compreensão da nova forma de distribuição de competências dos Poderes, bem como os efeitos sobre as sociedades, os cidadãos e as estruturas política e jurídica das nações.

Com base nas pesquisas realizadas sobre algumas nações em que o ativismo judicial tem ou não se fortalecido e expandido, optou-se por examinar o ativismo judicial no tocante ao direito à saúde na Alemanha, na Argentina, no Brasil e na Espanha, nações nas quais há situações de ingerência do Judiciário no Executivo e no Legislativo.

A metodologia utilizada na produção deste trabalho, tida como observação metódica, constitui técnica de coleta de dados, com o propósito de colher informações, e utiliza vários recursos na obtenção de alguns aspectos da realidade, com o exame de fatos ou o uso de ferramentas que se deseja observar atentamente.

¹⁶ CAPPELLETTI, M. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Trad. Luis Aguiar de Luque e M^a Garcia Rubio de Casas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 622-633.

A observação auxilia o pesquisador a reconhecer e coletar provas sobre temas muitas vezes desconhecidos dos indivíduos, embora orientem o comportamento destes.

Ademais, a pesquisa recorreu à investigação qualitativa dos dados, descritiva, relacionando o sujeito com o mundo real.

Assim, para adequadamente desenvolver o assunto, foi utilizada, como método técnico, a pesquisa bibliográfica, porquanto se consultaram livros, revistas, jornais, redes eletrônicas, jurisprudências, leis, artigos, bem como outros materiais e tipos de publicação com temas atinentes ao assunto. Esta pesquisa consiste igualmente em investigação documental, pois foi realizada em documentos referentes ao assunto, conservados em esfera institucional.

Ao longo da pesquisa, inventariaram-se informações de variadas fontes, independente de técnicas e métodos empregados pelo pesquisador.

Por se tratar de assunto largamente discutido por teóricos do Direito, como também por filósofos contemporâneos, foi necessário cuidar do assunto sob o prisma científico-jurídico, sem esquecer o viés fático que envolve a temática.

Com base nessas explanações, segmentou-se a dissertação em três capítulos, os quais exibem o seguinte sumário: no Capítulo 1, enfoca-se o espaço da Democracia na atualidade, o Constitucionalismo e o Neoconstitucionalismo no Estado Democrático de Direito; o Capítulo 2 versa sobre o ativismo judicial (conceituação e implicações jurídicas) e a autocontenção judicial; no Capítulo 3, apresenta-se a concretização do Ativismo Judicial quanto ao direito à saúde, na Alemanha, na Argentina, no Brasil e na Espanha.

Com apoio nas leituras realizadas e nas reflexões efetuadas, pretende-se responder ao questionamento sobre se realmente o Judiciário tem recorrido ao ativismo judicial na Alemanha, na Argentina, no Brasil e na Espanha, para solucionar questões afetas ao direito universal à saúde, preconizado nas Constituições democráticas dessas nações, e se essa atitude tem garantido essa vantagem aos cidadãos e reduzido o campo de ação dos outros Poderes.

A escolha do tema se deve à sua relevância, porque a nova maneira de atuar do Judiciário tem gerado polêmicas e debates, sobretudo com respeito à obediência aos princípios da separação de poderes, os quais em tese não permitem que um poder interfira nos atos de outro. Apesar de a Teoria de Montesquieu pregar tal independência, a complexidade das estruturas das sociedades contemporâneas recomenda a adoção de outras posturas referentemente à atuação dos Poderes constituídos, a fim de que se possam manter os direitos assegurados.

Sua preponderância se manifesta ainda na premissa de que a finalidade pública, a qual equivale à materialização e à manutenção do bem comum, um dos principais princípios jurídicos da coletividade, vem sendo desprezada por todos aqueles que são responsáveis por concretizá-la, situação que preocupa os cidadãos e os impede de exercer com plenitude a cidadania.

CAPÍTULO 1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, CONSTITUCIONALISMO, NEOCONSTITUCIONALISMO, ESPAÇO DA DEMOCRACIA NA ATUALIDADE

1.1 Estado Democrático de Direito

O Estado de Direito constitui um sistema institucional, ou uma circunstância jurídica, em que cada indivíduo (ou governo) se subordina às normas do Direito, precipuamente respeitando os direitos fundamentais e a hierarquia das leis¹⁷. Nessa disposição, os eleitos pelos cidadãos são também compelidos a seguir as normas promulgadas, os ditames constitucionais, e a eles obedecer.

Nesse sentido, o Estado de Direito se contrapõe aos Estados Absolutistas, às Monarquias Absolutas, ao Estado fundado no emprego arbitrário do poder. Naquele, as normas podem não estar escritas e se apoiar nos costumes sociais, nas tradições, mas são acatadas por todos, incluindo os governantes. O poder, mesmo que indivisível, baseado na Teoria da Separação dos Poderes, divide-se em três principais funções: a executiva, a judiciária e a legislativa. As leis são elaboradas e promulgadas pelos eleitos, os quais devem, entretanto, cumpri-las, respeitá-las; em tal contexto, o poder não é absoluto. Se não houver o Estado de Direito, a tendência é provocar a ruína socioeconômica do Estado.

Alguns filósofos defenderam o Estado de Direito, afirmando que nesse sistema deviam estar assegurados os direitos inalienáveis e naturais ao ser humano. Para Thomas Hobbes, o Estado de Direito devia se apoiar em duas premissas essenciais: a da demarcação dos poderes do Estado e a da condescendência religiosa¹⁸.

No entender de John Locke, qualquer povo detinha o poder de destituir um governo que desrespeitasse três direitos naturais fundamentais: à vida, à liberdade e à propriedade¹⁹. Portanto, no Estado de Direito, havia garantias irrenunciáveis.

Jean Jacques Rousseau foi outro teórico a defender o Estado de Direito. Consoante Rousseau, a liberdade e a igualdade eram inerentes ao homem, já que todos nasciam livres e iguais. Desse modo, qualquer tipo de organização social devia

¹⁷ HORTA, J. L. B. *História do Estado de Direito*. São Paulo: Alameda Casa Editorial, 2011.

¹⁸ HOBBS, T. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Abril Nova Cultural (Coleção Os Pensadores), 1994.

¹⁹ SANTOS, A. A. dos. O Estado Democrático de Direito. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 91, ago. 2011. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10143&revista_caderno=9>. Acesso em: dez. 2016.

se fundamentar em contrato social, garantidor desses direitos, com os cidadãos, cuja vontade era soberana, voltados à busca do bem-estar geral²⁰.

Montesquieu, por sua vez, considerado como um dos precursores da Teoria da Separação dos Poderes, defendia que havia as normas da natureza, que advinham apenas das pessoas. É essencial entender o ser humano antes da instituição dos grupos sociais, a fim de podermos apreendê-las²¹.

Kelsen definiu o Estado, já no século XX, como ente não natural, personificação da ordenação jurídica. Em tal contexto, as leis desempenhavam papel indispensável na conformação social. Mediante as regras, o povo expressava seu poder e submetia a todos igualmente às determinações legais: governantes e governados²².

Na atualidade, o Estado de Direito compreende um sistema de afirmação dos direitos humanos e representa um dos alicerces das estruturas social e política das mais diversas nações.

Alexandre Moraes se posicionava sobre o Estado de Direito e os direitos humanos²³, afirmando que, na acepção atualmente reconhecida, os direitos fundamentais resultavam da fusão de diversas origens, que iam desde tradições enraizadas na sociedade até a reunião das teses filosófico-jurídicas nascidas do direito material e do Cristianismo. Tais ideias possuíam um ponto consensual, indispensável – necessidade de delimitar e fiscalizar os abusos de poder do Estado e dos representantes do Poder Público, na condição de governantes do moderno Estado, assim como os preceitos basilares da legalidade e da igualdade.

A expressão Estado Democrático de Direito, por seu turno, designa a irrestrita observância a determinados paradigmas de comportamento, sejam omissivos, sejam comissivos. Então, referir-se a esse Estado envolve a participação popular na concretização do poder político e a respectiva obediência às normas dela provenientes. Simboliza este a integração dos órgãos do poder aspirando proporcionar progresso social e garantir existência digna, com foco no bem comum.

²⁰ ROUSSEAU, J. *O contrato social*. São Paulo: Editora Cultrix Ltda., 2008.

²¹ MONTESQUIEU, op. cit.

²² KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. 5ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

²³ MORAES, A. de. *Direito Constitucional*. 15 ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 60.

Tais elementos caracterizam o Estado Social (“[...] não é apenas para viver juntos, mas sim para bem viver juntos que se fez o Estado [...].”²⁴).

O Estado Democrático de Direito, conceito que difunde o sentido do termo Estado de Direito, corresponde a uma noção de Estado fundamentada no princípio da dignidade humana, que intenta assegurar tanto as garantias fundamentais, como outros direitos tais qual o de propriedade. Nesse sistema, estão expostos os princípios de atuação do moderno Estado ocidental²⁵. O Estado Democrático de Direito pressupõe a definição de normas que embasarão as eleições; os indivíduos eleitos exercem funções indelegáveis e inerentes ao Estado.

Nesse tipo de conformação política, existe respeito às liberdades civis, instituição de proteção jurídica, acatamento aos direitos humanos e às garantias fundamentais. Nele, as autoridades políticas também se subordinam às regras do Direito.

Nos regimes democráticos, a sociedade elege seus representantes, que devem defender as demandas e as necessidades daquela. A delegação do poder não é, entretanto, absoluta, pois está sujeita à submissão aos preceitos constitucionais, que determinam, dentre outros temas, quais são os direitos humanos basilares. Nesse sentido, o Direito Constitucional e as Constituições consistem no âmbito no qual se edifica a convivência da coletividade, se reconhecem os princípios fundamentais e os valores comuns a determinado povo.

Nesse sentido, a constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não simboliza a listagem de garantias e preceitos, mas a positivação dessas prerrogativas, o que faculta ao cidadão demandar do Judiciário a tutela dos direitos, a fim de se concretizar a democracia. Assim, a proteção jurídica consiste em atividade essencial, para que se efetive o respeito e a subordinação às prerrogativas humanas essenciais prescritas na Lei Fundamental. Essa é, em essência, a missão da democracia.

1.2 Constitucionalismo no Estado Democrático de Direito

²⁴ ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 53.

²⁵ AQUINO, R. S. L. de; FRANCO, D. de A. & LOPES, O. G. C. *História das sociedades: das sociedades modernas às sociedades atuais*. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 2006.

O Constitucionalismo não é tema novo, pois a menção a ele remonta a séculos passados. Caracteriza-se notadamente pela manifestação de poder por parte do Estado, mesmo que de forma limitada, quanto aos direitos fundamentais, entendidos de modo absoluto. Em tal perspectiva, os chamados direitos fundamentais possuem mais destaque e mais importância que o próprio poder em qualquer de suas manifestações.

Pode-se asseverar que o desenvolvimento do Constitucionalismo envolve duas etapas: o antigo (poder dos homens) e o moderno (poder das leis).

No entender de Celso Ribeiro Bastos²⁶, o Constitucionalismo expressa-se em ocasiões diversas: na primeira, houve reconhecimento dos alicerces do Direito Constitucional e do movimento político-social; na segunda, a relação do Direito Constitucional com a produção das Constituições escritas.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho explica nos seguintes termos as metas do Constitucionalismo: “Esse visa a estabelecer em toda parte regimes constitucionais, quer dizer, governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas”²⁷.

Quanto à conceituação, pode-se²⁸ identificar quatro significados para o Constitucionalismo: no primeiro sentido, refere-se ao deslocamento sociopolítico com procedência histórica muito longínqua a qual intentava restringir a arbitrariedade do poder. No segundo, identifica-se com a determinação de que deve haver documentos constitucionais escritos. O terceiro concerne à possível indicação de objetivos mais prementes e recentes da posição e do papel da Lei Fundamental de cada sociedade; no último, resume-se o Constitucionalismo apenas ao progresso de certo Estado na esfera histórico-constitucional.

Já Canotilho conceituou Constitucionalismo como a ideologia (ou tese) de acordo com a qual se edifica o ditame restrito do governo, que é essencial à concretização e à proteção das vantagens e estrutura a ordem sociopolítica de dada comunidade. Constitui essencialmente doutrina política que expõe normas, como a do

²⁶ BASTOS, C. R. *Curso de direito constitucional*. 20 edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 149.

²⁷ FERREIRA FILHO, M. G. *Curso de Direito Constitucional*. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.143. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/2192426/curso-de-direito-constitucional---manoel-goncalves-ferreira-filho>>. Acesso em: jul. 2016.

²⁸ TAVARES, A. R. *Curso de direito constitucional*. 7ªed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.

liberalismo e a da democracia²⁹. Nesse sentido, o Constitucionalismo é similar ao Liberalismo, na medida em que se relaciona a um governo de normas e não de homens. Acrescenta que o Constitucionalismo moderno configura método de limitação do poder com propósitos garantísticos³⁰.

Dessa maneira, verifica-se que a manifestação dos preceitos constitucionalistas acontece de modo diferenciado em cada país, visto que o momento histórico, as necessidades e os ideais da população tornam peculiar a forma como as leis são elaboradas, as condutas definidas. Exemplo disso é a Inglaterra, que não possui Constituição escrita; o entendimento até hoje é que o sistema vigente não precisa ser modificado.

Pode-se igualmente definir o termo juridicamente³¹ como a ideia de se referir a uma estrutura de regras, atadas à Carta Magna, presente além dos possuidores do poder. Simboliza, no campo sociológico, certo movimento da sociedade o qual apoia a restrição do poder, tornando inexecutável a ação dos governantes no sentido de privilegiar os próprios desejos e definir as normas de reger o Estado³².

Em outra vertente, o Constitucionalismo representa o ato de valorizar a judicialização do poder, a fim de estruturá-lo, regulá-lo, decompô-lo, a par de propiciar a ascensão da Lei Maior ao patamar de lei suprema da nação³³.

É viável deduzir então que tal sistema se refere aos variados domínios da sociedade, como a política e a economia. Nesse sentido, a ideologia não pode ser julgada somente como mecanismo que permite a demarcação do poder e a garantia efetiva dos direitos individuais. O propósito traduz-se em definir normas que regulem o comportamento social, visando alcançar o bem comum, sem distinções, respeitando a diversidade e as necessidades individuais e coletivas.

Percebe-se que o termo possibilita diversas interpretações, deduções, sobretudo porque se manifesta em cada país de modo distinto, diferenciado; está

²⁹ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 47.

³⁰ *Ibidem*, p. 52.

³¹ CARVALHO, K. G. *Direito Constitucional*. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 11 edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p. 265.

³² *Ibidem*.

³³ BASTOS, C. R. *Curso de direito constitucional*. 20. Edição. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 149.

sempre, porém, correlacionado ao abrigo dos direitos fundamentais do homem e à elaboração das Constituições, sobretudo das escritas. A produção e a aprovação dessas Cartas Magnas almejam definir fronteiras para a corporificação do poder político pelos governantes, fortalecendo as garantias subjetivas do homem e incluindo-as em regras objetivas, com força política e redução da possível arbitrariedade do legislador ordinário. Assim, constitui evolução histórica e constitucional dos Estados, que elegeram a Constituição como a norma máxima da sociedade, principal e essencial norma jurídica.

Os direitos fundamentais se mesclam, inicialmente, com as prerrogativas liberais advindas de ideais ingleses, franceses e americanos. A delimitação desses direitos ocorre por intermédio da proteção ao indivíduo; por isso, as primeiras Constituições escritas focavam no individualismo. Apenas as Cartas Magnas que versam sobre o Estado de Bem-Estar Social introduziram o conceito de abrigo a direitos socioeconômicos e político-culturais como necessário para os cidadãos que não têm assegurados nem direitos básicos.

Embora os preceitos constitucionais delineassem a proteção aos direitos fundamentais e garantissem o bem comum, o aprimoramento dos textos constitucionais e a evolução do homem estimularam a expansão desses; para tanto, foram estabelecidas gerações de direitos fundamentais, divididos em cinco dimensões, elaborados por Karel Cazak em 1979 e propagados por Norberto Bobbio³⁴.

Na primeira dimensão, estão inclusos os direitos civis e políticos – à propriedade, à participação política, à vida, à liberdade, à liberdade de expressão³⁵. Qualificam-se como Direitos Negativos ou de Liberdade, uma vez que restringem a atuação estatal na liberdade individual. Foram os primeiros a constarem das Constituições. Ainda que tais prerrogativas fossem defendidas pelos constitucionalistas e estivessem inseridas na maioria das Constituições, as quais igualavam deveres e direitos dos cidadãos e dos governantes, a tão apregoada

³⁴ FERREIRA, F. G. B. de C. Direitos e garantias fundamentais - há quarta e quinta dimensões?. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 18, n. 3828, 24 dez. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26078>>. Acesso em: fev. 2016.

³⁵ TRENTIN, L. A. F. *A Importância do Constitucionalismo na Realização dos Direitos Fundamentais*. (Mestrado). Dissertação apresentada à UNISINOS, 2003, p. 37.

igualdade inexistia na prática, materialmente, porquanto os cidadãos eram desiguais e tratados distintamente, caso se considerassem questões de gênero, classe econômico-social, dentre outras distinções. Mesmo assim, as Constituições mantêm força como ideal e são julgadas como o melhor meio de assegurar e manter o bem-estar social.

Com a industrialização, o surgimento de teorias socialistas e as dificuldades socioeconômicas que conviveram com esse evento, houve a necessidade de se estabelecerem novas garantias para os indivíduos. Estavam sedimentadas as prerrogativas de segunda geração: econômicas e socioculturais. Diferentemente dos de primeira dimensão, os de segunda são positivos, ou seja, o Estado é compelido a atuar, para assegurar a concretização de tais prerrogativas, bem como a justiça social. Neles estão incorporados os direitos ao trabalho, à saúde, ao lazer, à educação, à moradia³⁶.

No século XX, foram firmados os direitos denominados de terceira dimensão, ou geração. O intuito dessas vantagens é amparar todo homem e toda sociedade. Os direitos de fraternidade ou solidariedade são comuns e difusos e extrapolam a titularidade coletiva. Nesse rol de garantias se incluem os direitos à paz, ao meio ambiente, à conservação dos patrimônios cultural e histórico de cada nação, à autodeterminação dos povos, à qualidade de vida, à comunicação³⁷. Essas prerrogativas focam no bem-estar da coletividade, dos países, dos agrupamentos sociais, embora em alguns Estados não estejam incluídos no texto constitucional. Ocorre desse modo a internalização dos direitos, ultrapassando a fronteira das nações.

Atualmente se fala igualmente em direitos de quarta e quinta dimensões, embora não haja consenso acerca de como classificá-los ou se realmente existem. Uma corrente defende que o avanço tecnológico pode de alguma forma ameaçar a dignidade do ser humano. Por isso, é necessário criar novas garantias para o indivíduo. Para essa doutrina, a clonagem, o uso de transgênicos, a manipulação genética exigem a delimitação de direitos, a fim de assegurar o bem-estar do homem,

³⁶ SARLET. I. W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 2ª Ed. Revista e Ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 51.

³⁷ *Ibidem*, p. 53.

o que representaria a produção dos direitos de quarta dimensão. Ainda não são reconhecidos, já que a tese não foi encampada por muitos doutrinadores³⁸.

Outra corrente relaciona tais prerrogativas ao pluralismo e à democracia, sobretudo com relação às minorias, as quais muitas vezes não conseguem acessar os outros direitos, ainda que tenham elegido seus representantes com a missão de defender os interesses e as necessidades desse grupo. Para os defensores da ideia, sem a proteção aos direitos fundamentais para todos, existiria a democracia formal, mas não a material³⁹.

O pluralismo, quer político, artístico, religioso, cultural, quer ideológico, também está contemplado nos direitos de quarta dimensão e provém principalmente da globalização. Essa garantia concerne ao direito à diversidade, ao direito das minorias, seja em que matéria for. O respeito a toda e qualquer forma de manifestação e distinção precisa ser protegido, assegurado⁴⁰.

Como o consenso acerca dos direitos de quarta geração está longe de ser alcançado, não haveria por que se cogitar em definir direitos de quinta. Mas já existem ponderações sobre essa nova dimensão de garantias, identificadas como transnacionais. O direito à paz mundial seria então de quinta dimensão e se concretizaria por meio da cooperação entre Estados⁴¹. Com a globalização, os Estados continuariam a manter sua soberania, diminuída, porém, em razão da nova ordem internacional. Nesse contexto, o Direito Internacional afetaria o Direito Interno, justamente pela internacionalização do Direito. Em outras palavras, sucederia a cosmopolitização, a constitucionalização do Direito Internacional⁴². O tema é polêmico e demanda ainda muitos debates pelos teóricos, pelos organismos internacionais e pelos governantes.

Em tal conjuntura, as Constituições elaboradas por um Estado Constitucional devem dispor sobre quais meios materiais são essenciais, para se obter a total concretização dos direitos fundamentais. Com esse propósito, as garantias políticas

³⁸ FERREIRA, F. G. B. de C. Direitos e garantias fundamentais - há quarta e quinta dimensões?. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 18, n. 3828, 24 dez. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26078>>. Acesso em: fev. 2016.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Idem.

⁴² Idem.

se tornam protagonistas nesse Estado, uma vez que conferem instrumentos que facilitam o exercício da cidadania plena e capacitam os cidadãos, a fim de que sejam os agentes da realização do Direito, marcadamente pela sua participação na escolha dos representantes os quais responderão pela execução das leis, pela elaboração delas e pela fiscalização de seu adequado cumprimento.

Em sentido moderno, a Constituição pode ser julgada como a conformação de um pacto firmado pelos cidadãos na qual estão fixadas ideias concernentes ao delineamento de uma estrutura social que, mediante a divisão dos Poderes, possa afiançar a realização dos direitos fundamentais da pessoa.

Constata-se então que todas as teses voltadas ao Constitucionalismo se apoiam na elaboração de Constituições almejando delimitar o poder estatal e garantir o bem comum, protegendo tanto os direitos individuais como os coletivos.

Destarte, no Constitucionalismo a Constituição ultrapassa a noção de prospecto, no qual se explicita o que se almeja, o que se deseja que ocorra em dada situação, certo evento, em um momento um dia. Ela estabelece os fundamentos e os objetivos a serem alcançados pelo poder político, dirigindo e limitando a atuação do próprio poder na proteção ao indivíduo.

Nem todos, contudo, julgam ser o Constitucionalismo um sistema somente com virtudes e qualidades. As Constituições⁴³ regulam a dinâmica da política, mediante estatutos e declarações de direitos os quais ordenam a máquina estatal. Elas se autodeterminam igualmente, firmando normas para dispositivos e emendas que se estendam sobre sua interrupção durante certo tempo. A operação dessas ferramentas ocorre da seguinte forma, como pré-compromisso: inicialmente, o texto constitucional, em primeiro nível, traça as normas no intuito de que a estrutura governamental funcione, sobrepujando a instabilidade temporal, contrabalançando a paixão e propiciando a eficácia; em outro patamar, mais elevado, delineia o processo de emendas que atua nas próprias dificuldades e pode programá-lo para ocorrer complexa e lentamente. Este nível tem a atribuição de equilibrar o primeiro nível, uma

⁴³ ELSTER, J. *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*. Ed. rev. New York: Cambridge, 1993, p. 134.

vez que ela não atuará como instrumento de pré-compromisso, caso esteja disponível para os atores políticos, a fim de que possam alterá-la em qualquer ocasião.

A partir de tal linha de pensamento, questiona-se o atributo da eficiência, que está conectada tanto à democracia quanto ao Constitucionalismo. A eficácia e a eficiência só podem estar presentes, se houver equilíbrio entre a participação popular nos rumos da nação e os limites impostos pelo texto constitucional. Com isso, houve modificações a respeito do entendimento das funções do Estado, da efetividade das normas, do papel de cada Poder. Em muitos sentidos, o texto constitucional era inoperante e falhava na missão de propiciar a igualdade e as condições dignas de vida a todos; com isso, os direitos fundamentais passaram a ser entendidos e vistos como promessas estatais, letras mortas, utopias.

O Constitucionalismo deixou então de cumprir seu papel de defender as disposições constitucionais de acordo com o que a Constituição regula, o que propiciou o desenvolvimento de nova teoria política – o Neoconstitucionalismo.

1.3 Neoconstitucionalismo no Estado Democrático de Direito

Com apoio no aprimoramento filosófico verificado ao longo do tempo, ocorreu a respectiva evolução doutrinária. A transformação mais expressiva foi o desenvolvimento de novo padrão institucional, qualificado de Neoconstitucionalismo, Pós-Positivismo, ou Constitucionalismo Pós-Moderno. O foco do paradigma consiste na sujeição da lei a certa constituição.

O denominado Neoconstitucionalismo eclodiu na Europa, após a Segunda Guerra Mundial, quando se verificou que, embora com falhas, problemas e em crise, o robustecimento da Democracia, da Constituição e dos ideais constitucionalistas, mediante o Constitucionalismo democrático, ainda simbolizava o melhor meio de proteger os direitos fundamentais do homem⁴⁴.

É viável⁴⁵ distinguir o Neoconstitucionalismo como

⁴⁴ BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (orgs.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 216.

⁴⁵ BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (orgs.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 216.

✓ nova interpretação constitucional - a exegese do texto constitucional recorre a componentes normativos, como preceitos e cláusulas gerais, e utiliza métodos para a apreciação de direitos e interesses; afasta a teoria de que o sistema jurídico é conformado por normas concretas. Assim, compete ao aplicador inserir os casos nesses princípios. Quando houver discrepância entre regras abstratas, o intérprete definirá o direito que pode ser conferido á situação em exame⁴⁶;

✓ crescimento da jurisdição constitucional – com a Segunda Guerra Mundial, Cortes Constitucionais foram criadas em diversos países europeus, o que possibilitou a adequada tutela de direitos;

✓ aceitação da força normativa da Constituição - depois da Segunda Guerra Mundial, a Constituição passou a ser entendida como documento essencialmente político, sem vigor jurídico. Em tal conjuntura, o Judiciário não atuava como guardião da Constituição.

No Neoconstitucionalismo a dignidade do ser humano orienta a interpretação das premissas constitucionais. A honradez humana se torna a protagonista de todo o arcabouço jurídico. Desse modo, conforme o Neoconstitucionalismo, a dignidade do homem é a inspiração, a origem do ordenamento jurídico; as leis são concebidas por meio de normas e princípios e a Constituição é elevada à condição de orientadora dos preceitos infraconstitucionais, os quais têm de àquela estar subordinados⁴⁷.

Canotilho conceitua o Constitucionalismo moderno de acordo com duas vertentes: uma constitui a histórico-descritiva, que situa o termo no ambiente da modernidade:

[...] fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam

⁴⁶ BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (orgs.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 216.

⁴⁷ ROCHA, C. J. O Constitucionalismo, a Democracia e os Direitos Fundamentais Trabalhistas. *Revista Quaestio Iuris*, vol. 5, nº 1, p. 57-84.

sedimentado num tempo longo - desde os fins da Idade Média até ao século XVIII⁴⁸.

De acordo com a segunda acepção, o Neoconstitucionalismo se insere na ocasião em que a teoria foi formulada – a ascensão da burguesia e o robustecimento da tese que propagava o liberalismo⁴⁹.

Pode-se afirmar então que o Neoconstitucionalismo representa outra forma de interpretar os direitos infraconstitucionais, os quais precisam ser examinados e utilizados com base na previsão constitucional. As principais alterações teóricas, juntamente com o desenvolvimento da Teoria Positivista, constituíram a expansão da jurisdição constitucional, com a conseqüente necessidade de aperfeiçoar a hermenêutica jurídica, o reconhecimento do fortalecimento das disposições constitucionais e do fundamental papel do Judiciário.

Sob essa perspectiva, a atuação do Judiciário extrapola a função de proteger os preceitos constitucionais, para julgar atos que os firam.

O Constitucionalismo Pós-Moderno (ou Neoconstitucionalismo), com a nova forma de perceber a conexão entre a Constituição e o Direito, inaugurou outra fase na elaboração das Cartas Magnas e outra esfera de atuação do Judiciário. Além das Constituições contemporâneas delegarem funções típicas e atípicas aos Poderes constituídos, o Executivo e o Judiciário vêm congregando cada vez mais atribuições às competências originais.

O Executivo tem expandido sua competência legislativa⁵⁰, com a edição de atos normativos infralegais provenientes de órgãos com função regulatória. A ingerência do Executivo no processo legislativo pode então ser qualificada de ativismo desse Poder.

O Judiciário, por sua vez, passou a conviver com a constitucionalização do Direito, com alterações sentidas em várias áreas jurídicas. Controle judicial das políticas públicas, influência na soberania constitucional, atuação no âmbito penal, controle da eficiência dos atos administrativos, solução de demandas referentes ao

⁴⁸ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 45.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 46.

⁵⁰ PEIXINHO, M. M. O Princípio da Separação dos Poderes, a Judicialização da Política e Direitos Fundamentais. *Anais*. XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília – DF, 2008.

Direito Civil-Constitucional são alguns dos exemplos de novas práticas realizadas sob o manto dos preceitos neoconstitucionais. O fato demonstra que as teses de Direito mais conservadoras não conseguem lidar com a complexidade jurídica decorrente da evolução jurídico-política da sociedade.

Estas são algumas mudanças oriundas das teorias neoconstitucionais: a sociedade passa a ser considerada homogênea e plural; a moral, entendida como construtivista, com padrões racionais e práticos, orientadores do discurso jurídico, o que rompe com a ordem já firmada; a política se transforma do Estado de Direito para o Estado Constitucional (ênfase na atuação do Tribunal Constitucional). Além disso, as fontes do Direito estão sujeitas à Constituição e à jurisprudência originada do Tribunal Constitucional; a Teoria da Norma confere excelência aos preceitos emanados das regras políticas e aos conceitos jurídico-processuais; a Teoria da Interpretação considera o método constitucional requintado, definindo valores e sentidos, e constitucional a dedução das leis; a Teoria do Direito reflete o Neoconstitucionalismo⁵¹.

A alteração na constitucionalização do Direito ocorre mediante o entendimento de que todo preceito constitucional, independentemente do conteúdo e da conformação, configura norma verdadeira, legítima, que causa consequências jurídicas e possui poder de vinculação⁵². Como efeito desse processo⁵³, desponta um padrão que considera as Constituições textos abertos, indeterminados. Logo, toda Carta Magna, em função de suas peculiaridades, está submetida a dois moldes de interpretação: um literal ou restrito e outro extensivo. Por um lado, caso o padrão restrito seja o escolhido, a Constituição normatiza somente limitada fração da vida político-social, com espaço sem regras, vazio, a fim de que o legislador possa completá-lo com liberdade. Nesse contexto, não existe interferência judicial atinente à arbitrariedade política do legislador⁵⁴.

⁵¹ MOREIRA, E. R. Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação. *Revista da EMERJ*, v. 11, nº 43, 2008, p. 252.

⁵² SANTOS, B. de S. *Judicialização da política*. Publicado em maio de 2003. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/opiniaio/bss/078en.php>>. Acesso em: nov. 2016.

⁵³ PEIXINHO, M. M. O Princípio da Separação dos Poderes, a Judicialização da Política e Direitos Fundamentais. *Anais. XVII Congresso Nacional do CONPEDI*. Brasília – DF, 2008.

⁵⁴ PEIXINHO, M. M. O Princípio da Separação dos Poderes, a Judicialização da Política e Direitos Fundamentais. *Anais. XVII Congresso Nacional do CONPEDI*. Brasília – DF, 2008, p. 4.038.

Por outro, na hipótese de se decidir pela interpretação extensiva, o método interpretativo propiciará incontáveis regras tácitas aptas a regulamentar todas as circunstâncias afetas à vida sociopolítica. Em tal vertente, inexistem espaços vazios – todas as leis estão sujeitas a outro preceito de Direito Constitucional, sem discricionariedade legislativa. A legalidade constitucional deixa de ser exclusivamente política e se inscreve na seara jurídica.

O Neoconstitucionalismo defende que a função da Constituição é regular as relações sociais⁵⁵. Para tanto, abarca metodologia segundo a qual princípios gerais e normas programáticas podem ser aplicados por qualquer juiz diante de polêmicas. A Teoria presume que as normas facultam mais de um sentido, já que há uma conceituação prévia à interpretação. Todo documento legislativo pode suscitar mais de uma regra, possibilitando também mais de uma interpretação – concreta (considera a situação fática) e abstrata (prende-se apenas ao texto normativo).

Outra premissa é que as normas constitucionais devem ser aplicadas entre particulares, no mínimo quando a legislação infraconstitucional for inapta para elucidar o litígio. A teoria que impõe a interpretação conforme as leis é outra manifestação do novo modelo de Constitucionalismo⁵⁶.

Então, se julgado como filosofia política, o Neoconstitucionalismo redesenha os constituintes de um Estado com contornos cosmopolitas, identificando a influência das determinações constitucionais na sociedade, marcadamente no que respeita à representatividade, à participação social, ao patriotismo.

Já se compreendido como teoria do Direito, pode ser identificado como modelo o qual revê a teoria da lei, a da exegese, a dos originais; cobre as mudanças práticas e teóricas das diferentes domínios jurídicos, sobrepujando o Positivismo. Os métodos de fiscalização da constitucionalidade e a doutrina de interpretação constitucional fundem-se na materialização da jurisdição constitucional, mormente na atividade de deliberar acerca da constitucionalidade de uma norma e de interpretar os direitos fundamentais⁵⁷.

⁵⁵ PEIXINHO, M. M. O Princípio da Separação dos Poderes, a Judicialização da Política e Direitos Fundamentais. *Anais. XVII Congresso Nacional do CONPEDI*. Brasília – DF, 2008, p. 4.038.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ PRIETO, S. *Positivismo y Constitucionalismo*. México: Ed. BEMP, 1999.

Dessa forma, esse dogma alarga a jurisdição constitucional, impelindo à necessidade de se rever o entendimento das repercussões acerca da hegemonia da Constituição, a premissa da separação dos Poderes, como também o alcance do Direito fundamental na tutela jurisdicional.

A tripartição dos Poderes só tem razão de ser, desde que aja como mecanismo de garantia dos direitos fundamentais e não possa ser utilizada na condição de se opor a tal proteção. Com as novas dimensões dos direitos fundamentais, expandido seu sentido, foi imprescindível haver cooperação entre os Poderes do Estado, principalmente quanto à objetividade do texto constitucional. Em tal processo, o Judiciário não pode se furtar à atribuição de proporcionar a concretização dessas prerrogativas, mesmo que possam surgir conflitos e divergência de opiniões.

O Estado Liberal visava reduzir a força do Judiciário em relação aos demais Poderes, recorrendo, sobretudo, às ideias da separação dos Poderes. Assim, o Legislativo protagonizava a atuação política, tentando afastar a Política do Direito apoiado no princípio da legalidade⁵⁸.

No Constitucionalismo Pós-Moderno, alterou-se o papel político do Judiciário. O desempenho do Judiciário ganhou novos perfis, mais relevância social; as decisões do Tribunal são centro de debates e divergências públicas e políticas. Esse Poder se encontra constitucionalmente atrelado à efetivação dos privilégios fundamentais, assim como à política do Estado.

A sociedade, sempre que exerce no máximo sua soberania, produz a lei fundamental e regula dado universo de direitos fundamentais, imputa aos Poderes o dever de efetivá-los; ela os converte em ferramentas que possibilitam concretizá-los. Nesse sentido, o Judiciário também conta com eficiência limitada, pois está sempre restrito, preso, aos princípios constitucionais, embora possa recorrer à interpretação concreta da legislação.

Para efetivar tal interpretação, o Neoconstitucionalismo admite procedimentos de cientificidade metodológica. A aceitação de variadas metodologias constitucionais amplia a capacidade de identificar modos de melhor traduzir a força normativa da

⁵⁸ SANTOS, B. de S.; MARQUES, M. M. L.; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. N. 65, novembro 1995. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 1995, p. 3.

Constituição e o ânimo constitucional. Servir-se só de critérios clássicos, conservadores, como interpretação de cunho gramatical, histórico, sistêmico e teleológico, implica restringir o espectro de atuação dos hermenutas. Os processos estabelecidos espelham a preferência do intérprete por outras áreas do conhecimento⁵⁹. A interpretação de acordo com a Lei Maior deveria ser mais bem apreendida como procedimento realizado na função de controlar a constitucionalidade que como, propriamente, mais um modelo de método apenas interpretativo⁶⁰.

Ademais, a teoria neoconstitucional define três possíveis utilizações interpretativas: a primeira é interpretar as leis à luz da Constituição; ou seja, qualquer norma deve ser analisada, julgada sob o prisma da constitucionalidade. Consoante o segundo uso, o tribunal competente deve julgar qual hipótese de dedução se encontra em mais conformidade com o texto constitucional, se ocorrer mais de uma. Nesse contexto, não se recorrem a interpretações diversas e a lei é preservada; não haverá inconstitucionalidade⁶¹.

O terceiro significado da interpretação segundo a Constituição ocorre em casos concretos; sempre que os efeitos da lei são removidos, não alcançam sua finalidade, em função de circunstância imprevista ou inexistência de lei que regule o fato. Após constatar essa situação, a norma deve ser eliminada, afastada do caso examinado e não gerar jurisprudência⁶². A eliminação de tal tipo de regra pode ser considerada uma das principais características e avanços do Neoconstitucionalismo. Remove as exceções e conserva o correto funcionamento do sistema neoconstitucional. Assim, caso ocorra algum tipo de conflito entre um princípio e uma regra hierarquicamente semelhantes, os princípios neoconstitucionais pregam que aquele deve preponderar, ao passo que esta é defendida pela teoria do Positivismo Clássico.

Na contemporaneidade, convive-se com um tipo de crise da teoria constitucional moderna. A inaptidão das premissas tradicionais do Constitucionalismo de conviver com as regras das Constituições sociais; a crescente complexidade da

⁵⁹ MOREIRA, E. R. Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação. *Revista da EMERJ*, v. 11, nº 43, 2008, p. 262.

⁶⁰ TAVARES, A. R. *Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 135.

⁶¹ MOREIRA, E. R. Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação. *Revista da EMERJ*, v. 11, nº 43, 2008, p. 265.

⁶² *Ibidem*, p. 266.

vida nas sociedades atuais aliada à ineficiência do Estado de satisfazer às diferentes demandas sociais; a crítica que questiona as narrativas globais inerentes ao pensamento social moderno; o aniquilamento dos pilares de regulamentação em âmbito interno oriunda da Globalização, tudo facilitou o surgimento de problemas com os dogmas do Constitucionalismo nos moldes tradicionais.

Esses eventos possibilitaram o desenvolvimento de nova tese constitucionalista – o Neoconstitucionalismo, o qual se apoia em uma teoria do Direito, fundada precipuamente na obediência estrita aos preceitos constitucionais e na hermenêutica. As novas e possíveis interpretações assumidas por esse movimento conferem novo papel aos intérpretes das normas constitucionais, pois procuram respostas externas ao sistema e possibilidade de corrigir falhas e imperfeições.

O Pós-Positivismo, ao defender a interpretação jurídica da Constituição em todas as situações, interfere na separação tripartite do poder, uma vez que expande a esfera de atuação do Judiciário, atribuindo-lhe a função atípica de examinar a monitoração da constitucionalidade dos órgãos do Legislativo e do Executivo.

Isso inaugura outra maneira de analisar e perceber as mudanças na separação de poderes, com o robustecimento do Judiciário e dos direitos fundamentais, na busca pela consecução do bem comum e pela dignidade do ser humano.

Habermas,⁶³ porém, questiona a aptidão do Judiciário de incorporar o papel de dirigente da vida política de um Estado democrático, ainda que ele se transforme em ambiente público democrático e empregue meios deliberativos na construção da vontade política do Estado. A eficácia dos direitos sociais, retirados subjetivamente das regras constitucionais as quais os fixam, não transgride a separação de poderes e os preceitos democráticos, uma vez que a Constituição é suprema na estrutura política de determinado Estado constitucional.

Tais ponderações demandam a necessidade de se proceder a revisão constitucional e estabelecer sistema de controle de constitucionalidade de atos infraconstitucionais. O procedimento tradicional de exegese constitucional ainda funciona adequadamente, para resolver a maioria das questões interpretativas.

⁶³ HABERMAS, J. *Direito e Democracia, entre Facticidade e Validade*. V. 1. Rio de Janeiro: Editora Tempo Universitário, p. 346.

Porém, não estaria apto a deslindar temas constitucionais, mais complexos. Então, por meio da ponderação, é viável equacionar tanto as questões fáceis quanto as difíceis, as quais exigem constituintes da política e da filosofia moral. Esse é novo desafio que se apresenta aos Estados democráticos e notadamente ao Brasil: admitir a aceitar as ideias defendidas pelo Neoconstitucionalismo e, ao mesmo tempo, conservar e sustentar os ideais democráticos.

1.4 Espaço da democracia na atualidade

"Se a liberdade e a igualdade são essenciais à democracia só podem existir em sua plenitude se todos os cidadãos gozarem da mais perfeita igualdade política."

Aristóteles, *A Política*.

A palavra democracia (governo do povo), originária do grego, foi empregada pela primeira vez em Atenas, cidade-Estado, para representar as ideias filosófico-políticas de pensadores gregos, no período da Antiguidade Clássica, em 507-508 a. C., para impedir os governos absolutistas e o poder centrado em uma única pessoa, que causavam atitudes arbitrárias, injustas e ditatoriais. Os atenienses, conduzidos por Clístenes, definiram aquilo que se considera hoje como a primeira manifestação dos ideais democráticos. A democracia de Atenas possuía dois traços diferentes – a criação de uma assembleia legislativa conformada pelos atenienses e a escolha de cidadãos do povo os quais ocupavam cargos no governo. As pessoas elegíveis, salvo mulheres, escravos e estrangeiros, opinavam e votavam na assembleia, definindo as regras da cidade-Estado. Esse regime, que representava a democracia direta, permitia que as decisões fossem adotadas pela assembleia, cujos membros monitoravam o processo político e os assuntos públicos e decidiam em conjunto as políticas públicas⁶⁴.

Em Esparta, em 700 a.C., foi introduzida a votação, ocorrida uma vez por mês. Os líderes e os cidadãos com mais de 30 anos participavam, gritavam o voto e eram ou não eleitos⁶⁵.

Depois, em Roma, apenas os votos dos muito poderosos, oriundos de famílias ricas e nobres, influenciavam a votação; por isso, poucos romanos estavam aptos a

⁶⁴ WILSON, N. G. *Encyclopedia of ancient Greece*. New York: Routledge, 2006, p. 511.

⁶⁵ I WILSON, N. G. *Encyclopedia of ancient Greece*. New York: Routledge, 2006, p. 511.

se candidatar. O paradigma romano se pautava na democracia representativa, segundo a qual o povo exercia o poder pleno, por meio dos representantes por ele eleitos, e havia um líder nomeado ou eleito⁶⁶.

Pode-se afirmar então que a democracia constitui o regime político por intermédio do qual os cidadãos aptos a ser votados ou votar partilham a elaboração de leis e a definição de políticas públicas, mediante votações, o que configura a autodeterminação política. O regime democrático se opõe, pela natureza, ao tirânico ou ao ditatorial, nos quais o poder é manifesto por um indivíduo ou por um pequeno grupo de pessoas (oligarquia). Configura sistema que pode se concretizar tanto no regime presidencialista, em que o presidente é o principal representante do povo, como no parlamentarista, em que dividem o poder o presidente eleito pelo povo e o primeiro ministro, responsável pelas principais decisões políticas. Pode-se ainda encontrar democracia nos sistemas monárquicos parlamentaristas, governados realmente pelo primeiro ministro.

Em razão da diversidade e da quantidade de Estados democráticos, não seria possível haver somente um tipo primordial de regime democrático. Encontram-se três modelos essenciais de democracia – a representativa, a direta e a semidireta⁶⁷. No primeiro padrão, os cidadãos detêm o poder soberano, embora o poder político seja desempenhado indiretamente por representantes eleitos pela comunidade em geral, ou seja, pelos que possuem o direito ou o dever de votar. Pelo segundo tipo, todos os indivíduos membros da comunidade partilham diretamente a tomada de decisões políticas e instituem as políticas públicas. Por meio da semidireta, os cidadãos são convocados a definir certas normas, mediante referendos (ou referendos de iniciativa popular), como também vetar determinado projeto de lei ou propô-lo.

Quanto à representativa, esta possui uma variável, denominada democracia liberal, na qual estão insertos os direitos humanos, a igualdade diante da lei, o processo legal, a faculdade de poder pedir - a fim de corrigir desigualdades -, as liberdades civis, o pluralismo político. Contemporaneamente, vários eventos

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ DAHL, A. I.; SHAPIRO, J. A. *The Democracy Sourcebook*. MIT Press, 2003, p. 23.

defenderam a democracia liberal, com o estabelecimento de outros Estados-nação, democráticos na essência⁶⁸.

Ainda que existam alguns consensos, o significado de democracia pode variar segundo as tradições e os costumes do povo. O que há em comum, porém, é que as deliberações acerca da vida pública partem dos cidadãos e que os conceitos de liberdade e igualdade estão presentes nos regimes democráticos. No sistema representativo, cada voto tem o mesmo peso, existem regras para os candidatos e os elegíveis estão amparados por prerrogativas fixadas na Constituição. Além disso, o regime democrático pressupõe a guarda dos direitos humanos fundamentais, tais quais as liberdades de expressão, religião, a proteção legal e a conveniência de participar da vida político-econômica e cultural da coletividade. Tanto os deveres como os direitos estão manifestos geralmente na Lei Fundamental.

Giovanni Sartori⁶⁹, um dos principais teóricos acerca da democracia, sustenta que esse regime constitui um crédito o qual é ofertado ao *homo sapiens*, com valores indispensáveis e fundamentais à dignidade do homem.

Ademais, o sistema se conforma segundo peculiaridades essenciais – soberania presente em todos os graus de autoridade; igualdade política e regras sociais segundo as quais os cidadãos, os organismos públicos apenas admitem ações coerentes com os outros preceitos; liberdade de expressão; direito a voto; eleições constantes e livres; liberdade de estabelecer organizações e a elas aderir; elegibilidade para cargos públicos; acesso livre a fontes de dados; garantia de líderes políticos agregarem apoio e granjearem votos; criação de órgãos que implementem as políticas do governo atinentes aos anseios dos eleitores⁷⁰.

A par de todas essas informações, destaca-se que a democracia é caracterizada pelo poder da maioria absoluta, o que pode gerar a opressão de minorias, subjugadas pelo poder da maioria, mais forte. Essa situação pode ser minimizada, caso se realizem eleições competitivas, com candidatos que encarnem os direitos e as necessidades dos mais fracos e sejam pelos eleitores conhecidos. Esses têm de estar aptos a participar totalmente da vida social e nela influir,

⁶⁸ DAHL, A. I.; SHAPIRO, J. A. *The Democracy Sourcebook*. MIT Press, 2003, p. 23.

⁶⁹ SARTORI, G. *Democrazia. Cosa è*. Milão, Itália: Rizzoli, 1993.

⁷⁰ DAHL, A. I.; SHAPIRO, J. A. *The Democracy Sourcebook*. MIT Press, 2003, p. 23.

simbolizando o coletivismo político. Tal participação no espaço público é hoje representada basicamente pelo voto, direito ou dever sujeito a algumas restrições, como idade, escolaridade, nacionalidade, situação penal, dependendo do país e das suas leis. Em alguns Estados também é vetado às mulheres votar, como em diversas nações muçulmanas.

Deduz-se que, a fim de que a democracia realmente cumpra seus desígnios, é necessário o pré-comprometimento de todos os membros da sociedade pautada em ideais democráticos. Para que haja esse compromisso, é essencial a vontade de todos no sentido de cumprir o acordado, a firmeza de intenções, a ausência de omissão dos atos praticados, o sacrifício coletivo em prol do bem comum, o abandono de interesses particulares em detrimento da paz social, a obediência e o respeito às leis firmadas.

Nesse sentido, a Constituição indica o pré-compromisso de uma sociedade e das gerações futuras. Afirma-se que uma ação coletiva não simboliza a soma de várias ações individuais e designa os rumos que aquela comunidade irá percorrer, embora não saiba se efetivamente esse caminho será corretamente trilhado e atingirá os objetivos previstos e prescritos nas leis.

Em certos contextos, a Lei Maior necessita ser revista, acrescentada, alterada, pois a sociedade evoluiu e deparou a novas demandas, novos anseios, novas necessidades, ainda que algumas cláusulas não possam ser modificadas ou eliminadas do texto constitucional (cláusulas pétreas). Em tal caso, outros pré-compromissos são firmados; a Carta Magna regula a vida pública e a política por meio de normas e Declaração de Direitos, bem como cria mecanismos que a autorregulem, a fim de evitar mudanças as quais comprometam a legitimidade dos preceitos constitucionais, retirem a ideia de pré-comprometimento.

O conceito de democracia implica atuar em coletividade, com foco na realização do bem comum. Então, as decisões porventura tomadas, direta ou indiretamente, só têm legitimidade, se acordadas por todos e por eles respeitadas, cumpridas. As normas elaboradas, que devem revelar a vontade expressa da sociedade, exprimem o ideal liberal – efetiva participação nos rumos da nação. Desse modo, a coletividade é soberana, não arbitrária, livre, ainda que ela mesma imponha limites ao poder, a fim de assegurar a concretização da democracia, segundo a qual todos são iguais.

O vigor da democracia somente pode ser concretizado mediante a ânsia por libertação, que critica as mais individuais formas autoritárias e repressivas e visualiza novos espaços tanto próximos quanto distantes⁷¹. As noções de liberdade e igualdade estão assim presentes em todas as ideias relativas à democracia. O sistema democrático consiste no modo de viver politicamente que ampara, identifica a maior diversidade possível e confere mais liberdade a maior quantidade de indivíduos⁷².

Dessa forma, pode-se aduzir que as sociedades democráticas podem ser definidas como aquelas que possibilitam melhor convivência com as diferenças, com a crença de que o homem é um ser imperfeito, o qual possui virtudes e defeitos e busca sempre condição melhor de subsistência, mas que precisa ser tratado igualitariamente. Para tanto, é fundamental o respeito às distinções, à voz e aos anseios das minorias, ao desejo de crescimento político-cultural e material.

Essas ideias acerca da democracia têm o condão de sugerir um método praticamente perfeito, já que coloca todos os indivíduos no mesmo patamar de liberdade, responsáveis coletivamente pelo bem-estar comum, que abdicam de interesses particulares em prol da paz social, da igualdade de oportunidades, de direitos. No entanto, na prática, a concretização da democracia não ocorre bem assim.

Define-se democracia como ferramenta de adoção de decisões coletivas, conjunto de normas que determinam aqueles autorizados a decidir para e pela coletividade. Embora o homem esteja fadado a viver em grupos, ele se mostra individualista ao escolher os pares com os quais se unirá, com base em interesses comuns⁷³. Ademais, explica que o direito ao voto representa outro preceito democrático; o número de votantes tem se expandido, bem como os tipos de decisão. Para ele, a única norma possível de ser seguida é a da maioria, ou seja, as decisões devem ser efetivadas pela maioria dos eleitores, para que sejam válidas e legítimas⁷⁴. A garantia de proteção aos direitos e às prerrogativas individuais também se insere nas premissas democráticas. A responsabilidade reside em preservar os direitos de

⁷¹ TOURAINE, A. *O que é a democracia?* 2ª ed. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis, RJ: Vozes, 1996a, p. 213.

⁷² *Ibidem*, p. 214.

⁷³ BOBBIO, N. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 12-18.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 13-14.

expressão, de livre associação, de opinião, de reunião, a fim de que permaneçam as liberdades fundamentais⁷⁵.

Em 1990, Joseph Schumpeter concebeu definição de democracia que tem sido difundida e acatada. Segundo ele, a democracia constitui processo político por meio do qual um grupo de pessoas assume o direito de governar somente por intermédio do voto, desde que haja normas justas e transparentes sobre a competição. Ele sintetiza sua tese na seguinte frase: “A livre competição pelo voto livre”⁷⁶.

Não é viável, porém, na atualidade implementar a acepção clássica de democracia, uma vez que é impossível satisfazer a vontade de todas as pessoas, bem como a de todos os grupos sociais, o que exige a participação destes, a fim de defender os interesses de determinado conjunto de cidadãos ou de dada minoria de indivíduos. A realidade é que geralmente são preservados e acatados os direitos da maioria, ainda que existam na Constituição direitos fundamentais, que devem ser garantidos a qualquer pessoa.

Tal conceito expressa a realidade que se visualiza atualmente na maioria dos países democráticos. Mesmo que o ideal democrático pregue e defenda a hegemonia das decisões coletivas em prol do bem comum, os representantes eleitos pelo povo, para representá-lo e defender os interesses deste, cedem muitas vezes a desejos e necessidades pessoais e elaboram normas que não estão diretamente conectadas aos anseios sociais. Além disso, indaga-se se a sociedade tem realmente claras suas necessidades, seus anseios, seus projetos sociopolíticos. Não se pode esquecer que as decisões afetam todo o grupo social; pergunta-se se os indivíduos, inclusive os representantes eleitos e os governantes, estão aptos a abrir mão de interesses particulares em prol do bem-estar do povo.

Em tal contexto, o regime democrático se oporia frontalmente aos moldes tradicionais da democracia (Teoria Clássica), ou seja, governo pelo povo e para o povo. O sistema se limitaria à escolha dos representantes pelos cidadãos, na democracia representativa, os quais, porém, não se comprometeriam a defender sempre as demandas sociais. Embora tivessem realizado o pré-compromisso antes de eleitos, por meio das promessas efetuadas e do plano de governo apresentado aos

⁷⁵ Idem, p. 14.

⁷⁶ SCHUMPETER, J. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio: Zahar, 1984, p. 308.

eleitores, esse compromisso nem sempre resultaria em ações concretas, para cumprir as promessas e efetivar o plano de governo. Então, com base em tal constatação, qual é o espaço da democracia na atualidade? O regime tende a se perpetuar ou está passando por transformações? A proteção aos desejos da coletividade se mantém? O sentido de democracia está relativizado? Esses questionamentos conduzem à reflexão sobre os rumos dos regimes democráticos.

Uma das vantagens dos regimes democráticos formais consiste em que ela possibilita aos cidadãos poderem avaliar de tempos em tempos a atuação dos representantes por eles eleitos. Caso fiquem insatisfeitos com o desempenho deles, podem decidir não mais conceder seu voto a ele na eleição seguinte; caso concordem com as posturas do eleito, a tendência é que este receba novamente o voto dos eleitores, satisfeitos com a pessoa a quem delegaram o poder de lutar e defender os interesses e a vontade da comunidade. Mediante esse direito, o de fiscalizar os eleitos, é viável assegurar a representação política, porque os indivíduos podem afastar da vida pública aqueles que se comportam de maneira desonesta, ineficaz, incompetente.

Outra qualidade da democracia reside na premissa de que precisa existir consenso sobre a aceitação de normas e condutas, firmadas depois de extensivos debates, com o recurso ao diálogo, à negociação como forma de solucionar conflitos que podem surgir durante as discussões. As opiniões contrárias são ouvidas e respeitadas, mesmo que depois não sejam encampadas, acatadas. A democracia define relações de coordenação entre as pessoas, aproxima-as, deixa-as donas do poder, de posse dele; mesmo que os governantes o exerçam, fazem-no em nome da coletividade, real titular da soberania estatal, o que os obriga a atuar em nome do interesse público, do bem-estar social, da garantia dos preceitos fundamentais e da efetivação do teor constitucional e legal.

O problema com tais assertivas é que, por um lado, boa parte dos membros da sociedade não tem condições de analisar apropriadamente a conduta de seus eleitos, ou até não tem interesse ou disposição de fazê-lo. Por outro, as agremiações políticas não prestam contas muitas vezes dos atos executados no exercício da função pública, configurando certa liberdade de ação e falta de comprometimento com a concretização das promessas realizadas durante o período de campanha eleitoral,

tampouco são ouvidos com atenção os posicionamentos divergentes dos da maioria. Tal quadro propicia o descompasso entre os anseios sociais e o desempenho dos representantes, os quais em algumas circunstâncias agem em desfavor da sociedade, a fim de acatar interesses individuais ou corporativos.

Schumpeter, ciente disso, criticando o sistema democrático segundo a teoria clássica, assevera que não há nada que represente um bem comum exclusivamente fixado; que, para diferentes pessoas e comunidades específicas, o bem comum está fadado a traduzir diferentes temas ou realidades⁷⁷. Bobbio⁷⁸ acompanha esse pensamento; para ele, nenhum indivíduo é capaz de estabelecer qual é na realidade o interesse coletivo, sem se contaminar pelo próprio interesse ou pelo de um grupo com anseios específicos, como os minoritários.

A soberania popular, preceito basilar dos ideais democráticos, é outro conceito atacado por Schumpeter. O autor defende que o denominado “governo do povo” constitui uma falácia; a verdade para ele é que o povo aprova o governo, mas não governa tampouco dirige, determina⁷⁹. Assim, o poder seria exercido por poucos em nome de todos, o que não garantiria a satisfação da vontade popular.

A motivação e o desejo dos indivíduos, para que fossem “factor político merecedor de respeito”⁸⁰, necessitariam estar bem delimitados por todos. Mas o que ocorre realmente é que, em boa parte do tempo, a opinião dos cidadãos representa um conjunto incerto, indefinido, movimentos desconhecidos que abrangem palavras de ordem ou sensações incorretas⁸¹. Pode-se deduzir que o eleitor, o povo, não reproduz no voto a vontade da maioria, pois a subjetividade do ser humano o impede de pensar e agir racional e objetivamente. Haverá sempre a individualidade a permear os anseios e as demandas sociais, o que conduz a escolhas individuais, particulares.

A capacidade crítica das pessoas costuma se reduzir, à medida que as dificuldades se encontram mais distantes. Então, o indivíduo demonstra mais senso comum com relação a questões cotidianas e mais distanciamento quando se trata de

⁷⁷ SCHUMPETER, J. A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1984, p. 305.

⁷⁸ BOBBIO, N. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 54.

⁷⁹ SCHUMPETER, J. A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1984, p. 308-309.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 309.

⁸¹ SCHUMPETER, J. A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1984, p. 309..

situações afastadas de seu cotidiano. Então, o cidadão comum, na seara política, justifica e examina de maneira “infantil e primitiva”, dispensando menos estímulo a uma questão política que a um jogo de bridge; logo, a tendência é que ele sucumba a intolerâncias e disposições irracionais ou extrarracionais. Nesse sentido, o processo político não é movido pela vontade popular, e sim resultado, efeito desta⁸².

Ao se assumirem como justas e corretas essas ideias de Bobbio e Schumpeter, não se pode furtar a refletir sobre os novos caminhos e espaços democráticos. O “antigo” sentido de democracia não consegue mais se sustentar, dada a complexidade dos atuais grupamentos sociais, para os quais o mero direito de participação, a igualdade de direitos esbarram na multiplicidade étnica e cultural encontrada em diversos Estados, decorrente principalmente da globalização.

A diversidade exige alterações no espaço da democracia, que precisa se alargar, para que abrace todas as possíveis necessidades dos membros da coletividade, caso contrário não se cumpre um dos preceitos basilares desse regime. Ademais, não é mais viável aos cidadãos decidirem sobre qualquer tema, uma vez que questões político-econômicas de um país, mais regulamentadas e complexas, demandam daqueles que delas tratarão específicas competências técnicas, muito além do conhecimento acumulado pelo indivíduo comum.

Tal cenário pode ser assim explicado: a democracia apoia-se na tese de que todas as pessoas conseguem deliberar sobre qualquer matéria, embora se questione quantos detenham conhecimentos suficientes sobre as questões econômicas de determinado Estado e são aptos a sugerir soluções adequadas, ou eleger as metas a serem atingidas com base em diversos recursos⁸³.

Com tal raciocínio, é exequível inferir que não há democracia perfeita, como a inicialmente preconizada, dado que é praticamente impossível que todos os cidadãos participem de todas as decisões, mesmo que tenham elegido representantes, para ser a voz deles na elaboração de leis e na execução de políticas públicas. O professor

⁸² Ibidem, p. 327.

⁸³ BOBBIO, N. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 60.

Elimar Pinheiro do Nascimento⁸⁴ leciona que a seara política é pouco identificada como o universo das pessoas, notadamente pelos jovens⁸⁵.

Existem outros problemas dos regimes democráticos na atualidade⁸⁶:

- dúvidas sobre a capacidade de os regimes democráticos enfrentarem a crise ambiental que pode se agravar;

- enfraquecimento dos meios de participação política – representação pública e atuação ativa dos indivíduos nas decisões governamentais;

- deslocamento do processo decisório da esfera pública para a privada, com *lobby* intenso das empresas, para obter vantagens individuais em detrimento da concretização dos anseios do povo;

- alteração dos espaços em que ocorrem as transformações sociais; o espaço político cede lugar ao tecnológico;

- resistência ao modelo democrático por parte de algumas nações que ainda o desconhecem;

- redução do espaço político-democrático no que tange ao funcionamento e à capacidade de representação, pois as instituições públicas, os governantes e as agremiações políticas não têm sido exitosos em satisfazer aos anseios da população.

Há igualmente questões a serem a enfrentadas com respeito à perfeita manutenção dos ideais democráticos como foram gerados e a realidade atual. Diante da crescente disparidade entre ricos e pobres verificada, sobretudo desde o final do século XX, a igualdade entre as pessoas se tornará uma quimera, utopia, comprometendo a efetivação dos paradigmas democráticos.

Além disso, os Estados hegemônicos, potências mundiais, fixam determinados procedimentos e medidas cada vez menos democráticos, obrigando as outras nações a se submeterem a eles, em detrimento muitas vezes da vontade delas. Outra dificuldade diz respeito à participação ativa dos cidadãos; nem todos detêm as

⁸⁴ NASCIMENTO, E. P. “A democracia sobreviverá ao século XXI?”. Simpósio realizado em novembro de 2010 na Université Internationale d’Été. *Correio Braziliense*, maio de 2011.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ Idem.

condições necessárias para exercer plenamente a cidadania. Problemas como falta de alimento; convívio diário com a violência e a insegurança; ausência de acesso irrestrito à informação correta impedem que os indivíduos participem de forma crítica e consciente dos rumos de seu país e fiscalizem a atuação daqueles eleitos, para representar os eleitores. Pode-se afirmar então que a democracia não está concretizada.

Ademais, a democracia nos moldes atuais não se encontra apta a identificar, aceitar e preservar totalmente a diversidade sociocultural. Atitudes racistas e preconceituosas não têm sido evitadas e combatidas apropriadamente, ainda que se reconheça que as comunidades mundiais convivem com expressões multiculturais mais presentes no cotidiano das cidades e dos países. Tais problemas, se não forem equacionados, podem comprometer o futuro das sociedades democráticas.

O fenômeno da globalização igualmente interfere na consecução dos ideais democráticos. Com esse processo, ocorreu a elasticidade das fronteiras territoriais, o que atenuou os laços que conectam as pessoas a seu país de origem. Desse modo, os movimentos migratórios, antes raros, hoje permitem que uma pessoa escolha viver e trabalhar em outro país, abandonando sua pátria-mãe em busca de uma vida melhor. Então os vínculos com o destino de sua nação se reduzem e prejudicam possíveis comportamentos relacionados ao exercício pleno da democracia. Muitos até deixam de votar, justificando a ausência às urnas, por conta da mundialização do espaço. Os problemas ocorridos no país de origem passam a não ser mais tão relevantes, pois ele está distante geograficamente deles. Nesse cenário, o Estado é compelido a alterar seu papel, assumindo panoramas extranacionais, não territoriais e privilegiando o povo, procurando inculcar-lhe ideais nacionalistas.

Com base em tais assertivas, pode-se dizer que a democracia enfrenta uma crise de legitimidade e eficácia e tem sido abordada na Teoria Política Contemporânea. A ativa e manipuladora atuação da elite e das oligarquias para fazer valer seus interesses, quando da produção e da edição das leis e da concretização das políticas públicas, contrapõe-se à inércia e à passividade do povo e pode indicar que os regimes democráticos, pelo menos de acordo com a teoria clássica, estão fadados a sucumbir. Essa seria de fato uma ideia, uma conclusão radical e inequívoca.

Uma vez que a democracia é o sistema político que consegue conferir mais igualdade de oportunidades e afiançar a materialização dos direitos fundamentais do homem, a opção é encontrar novas formas de manter esses preceitos e lidar, ao mesmo tempo, com a conformação das sociedades atuais. O conceito de soberania popular está expandido, mas as necessidades e as garantias individuais e coletivas devem ser respeitadas, de acordo com as determinações contidas na Constituição de cada Estado democrático. As normas devem reproduzir a vontade do povo, de modo geral, embora alguns assuntos devam ser decididos por especialistas, sem que descuidem do objetivo precípua – a consecução do bem-estar social.

Além disso, a manutenção da harmonia e da independência entre os Poderes constituídos manterá outro princípio democrático, o de que todos os Poderes se comportam com atribuições específicas, ainda que possam desempenhar funções atípicas, para assegurar a concretização das premissas constitucionais. De fato, o sustentáculo desenhado nos regimes democráticos no que concerne aos anseios dos cidadãos está observado nas três funções estatais – legislar, executar e julgar, fiscalizar. Assim, todo o poder de determinado Estado repousa nas mãos da sociedade, ou seja, tanto o Parlamento como o Judiciário constituem representantes desta⁸⁷.

A democracia, nos padrões atuais, deve conformar-se da seguinte forma, a fim de legitimar o regime: os cidadãos maiores devem usufruir direitos políticos, sem distinguir raça, religião, sexo, situação socioeconômica; o voto dos eleitores deve ter peso idêntico; os eleitores devem poder contar com mais de um partido político disputando as eleições, a fim de que escolham livremente aquele cujo plano de governo mais se aproxime das demandas individuais e das coletivas; os cidadãos votantes devem ser livres para votar conforme a opinião pessoal; os eleitores são livres para expressar alternativas, optar por soluções distintas; a maioria numérica deve prevalecer nas eleições, bem como nas deliberações coletivas; as decisões votadas pela maioria não devem limitar os direitos desta⁸⁸.

⁸⁷ CHEVITARESE, A. B. L. B. C. A (des)harmonia entre os poderes e o diálogo (in)tenso entre democracia e república. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. Vol. 5, número especial, 2015. Brasília: UniCEUB, 2015, p.513. Disponível em: <<http://www.rbpp.uniceub.br>>. Acesso em: jul. 2017.

⁸⁸ BOBBIO, N. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 56.

Embora possam se apontar falhas nessa tese, porquanto o bem comum pode não traduzir os anseios das minorias e os da própria maioria, representada por aqueles em que votou, há alguns pressupostos fundamentais que podem manter com legitimidade, ainda que de maneira distinta da tradicional, o espaço da democracia nos regimes contemporâneos: o bem comum é conceito relativo, pois pessoas diferentes o entendem distintamente; o governo do povo é o sentido adequado para a democracia moderna; as elites políticas governam, disputam a preferência dos votantes.

Podem-se proceder às seguintes⁸⁹ conjecturas: o eleitor adquire os bens ofertados pelos partidos pelo voto; o oligopólio dita a competição no espaço político, ou seja, o sistema é imperfeito; os eleitores e os partidos políticos desempenham papel similar ao dos consumidores e das empresas; a soberania popular não é plena, total, porque as elites políticas submetem os candidatos a serem selecionados pelo cidadão; os partidos políticos visam conquistar o poder e nele permanecer, buscando, para tanto, efetivar o bem comum; os partidos e os políticos acabam servindo a interesses de grupos ou de classes, para colher mais votos.

As teses de Schumpeter podem não reproduzir os tradicionais ideais democráticos, mas constituem reflexões sobre como a democracia pode sobreviver nos Estados democráticos, desde que as mudanças sejam aceitas por todos e admitidas como novos rumos do regime democrático.

A democracia contemporânea permanece atrelada a seus princípios basilares – a participação social, a soberania do povo, a alternância no poder, a cidadania, a liberdade, a igualdade. O que mudou foi a proeminência dos direitos humanos, o voto indireto em alguns Estados, a representação partidária; o que dificulta sua efetivação é o capitalismo, sistema socioeconômico o qual se funda na desigualdade, na autoridade da elite dominante. Assim, cai por terra um dos dogmas democráticos, o da igualdade entre as pessoas.

⁸⁹ Ibidem, p. 56.

Bobbio⁹⁰ cita peculiaridades negativas da democracia moderna: o voto clientelista, a ignorância dos cidadãos com relação ao exercício da cidadania e aos ideais democráticos, o voto comprado, a inércia diante da competição entre as elites para arrebanhar eleitores, o crescimento do aparato do Estado.

Ademais, a democracia nos moldes contemporâneos privilegia o individualismo, principalmente de boa parte dos governantes, que utilizam meios até escusos, para permanecer no poder e garantir a concretização de vontades particulares ou de grupos minoritários, mas de elite.

Por isso, é essencial reconhecer que, para que a democracia se fortaleça nos Estados democráticos, nenhum dos Poderes constituídos (Judiciário, Executivo e Legislativo) detém o poder supremo sobre os rumos da nação. Acima deles reside sempre o ânimo, o desejo da população, esculpido na Carta Maior. Ressalta-se, contudo, em vista da pluralidade sociocultural das sociedades contemporâneas, que tal peculiaridade dificulta a conformação política da vontade da maioria, a plena integração social e conseqüentemente a elaboração de leis que reflitam os anseios do povo. Assim, as Constituições não são exitosas em cobrir todas as demandas da população, em especial as das minorias, compelidas a buscar seus direitos via Poder Judiciário.

Caso essa vontade esteja ameaçada, compete ao Judiciário, como guardião constitucional da Lei Maior, defender a sociedade e reparar o possível erro cometido, sob pena de ocorrer o desrespeito aos interesses da população. Os representantes dos cidadãos estão sujeitos às determinações destes e não podem nem devem colocar interesses pessoais ou corporativos acima das necessidades da sociedade que representam.

Dessa forma, estará garantida a manutenção dos regimes democráticos, que, embora nem sempre reflitam a vontade de todo o corpo social de determinado país, ainda constituem a mais eficaz forma de proteger alguns direitos individuais e coletivos, uma vez que, ao serem insertos na Constituição, obrigam o Estado a

⁹⁰ BOBBIO, N. *Ensaio sobre Gramsci e o conceito de sociedade civil*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira e Carlos Nelson Coutinho. 2ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

assegurar sua efetivação. A dignidade humana está assim preservada, pois os direitos fundamentais (à vida, à saúde, à educação) afiançam o mínimo de bem-estar social e a sobrevivência com honradez de todos os indivíduos.

Deduz-se dessas assertivas que os direitos fundamentais constituem limitador ao exercício do poder do Estado, seja ao exigir-lhe a adoção de medidas proativas que garantam a consecução deles, seja ao representar supressão de condutas invasivas na esfera de direitos dos indivíduos, especialmente neste caso, quando se está diante do conjunto de direitos fundamentais individuais, segundo os quais as pretensões contrárias da coletividade ou dos agentes públicos à frente do exercício do poder político ruião sob a égide da proteção que visa ao bem-estar do homem.

No entender de Rousseau, uma sociedade só pode ser denominada democrática se ninguém for tão rico que consiga adquirir outra pessoa e ninguém for tão pobre que necessite se vender ao rico⁹¹. As sociedades contemporâneas estão muito distantes desse ideal de democracia.

CAPÍTULO 2 ATIVISMO JUDICIAL – CONCEITUAÇÃO, IMPLICAÇÕES JURÍDICAS E AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL

O propósito deste Capítulo consiste em estabelecer e restringir a acepção de ativismo judicial, a partir das mudanças institucionais advindas da positivação dos princípios constitucionais, bem como os efeitos jurídicos da utilização desse recurso.

⁹¹ ROUSSEAU, J. *O contrato social*. São Paulo: Editora Cultrix Ltda., 2008.

No mundo contemporâneo, tem sido constatado o desempenho ativo do Judiciário no deslinde de questões sociais concernentes a matérias controversas de cunho moral.

2.1 Conceituação

As polêmicas quanto ao ativismo judicial se referem, sobretudo, à sua significação, à sua origem, à sua utilização. Como não há rigor na definição do termo, muitos debates sucedem tanto no meio acadêmico, quanto nas instituições jurídicas. Acerca da origem, diversos autores asseveram que o fenômeno foi usado pela primeira vez nos Estados Unidos, cuja Suprema Corte firmou jurisprudência em vários casos, dentre eles o que se referia à segregação racial⁹².

Conceitualmente, o ativismo judicial, entendido como fenômeno jurídico, é definido como as decisões do Poder Judiciário, que afetam comumente as competências dos dois outros ramos do poder. Não há, porém, consenso quanto à existência de um sentido apenas que explique o fenômeno ou o julgue virtude ou vício. Além disso, posturas ativistas podem ser observadas em outros Estados democráticos, nos quais o Judiciário protagoniza a elaboração de jurisprudências abrangendo temas que dizem respeito à implementação de políticas governamentais e à produção de leis.

De todo modo, juristas, estudiosos do Direito e pensadores têm exposto algumas definições do termo. Citam-se, inicialmente, duas definições atuais desse procedimento. Na linha de pensamento de Elival da Silva Ramos⁹³, deve-se compreender o ativismo judicial como o exercício da atribuição jurisdicional que extrapola as fronteiras determinadas pelo próprio arcabouço legal, conferindo ao Poder Judiciário, institucionalmente, a atribuição de atuar, solucionando não só lides de natureza subjetiva (questões de interesse), mas também de essência objetiva (questões normativas).

Já no entender de Saul Tourinho Leal, a origem do termo é conferida ao jornalista norte-americano Arthur Schlesinger, em 1947, quando, em um artigo escrito para revista Fortune em janeiro de 1947, utilizou a expressão *judicial activism*. O termo

⁹² BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica Atualidades Jurídicas*, ano 4, nº 13:71-91, jan/mar 2009. Brasília: Editora OAB, 2009, p. 76.

⁹³ RAMOS, E. da S. *Ativismo judicial*. Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 129.

indica ato do Poder Judiciário, na atribuição constitucional de exercer a jurisdição, de aplicar o direito em demandas, com viés político devido à ausência de regra que sirva ao caso ou à incapacidade desta de resolver a questão analisada. Critica a convicção contemporânea de que ser proativo é a conduta ideal ao passo que a passividade é criticada. Desse modo, o Tribunal Constitucional é o órgão que tem êxito ao combater a inércia, concretiza plenamente os preceitos constitucionais, afasta a omissão. Então o ativismo judicial auxilia os magistrados a cumprir essas determinações⁹⁴.

Kermit Roosevelt III, por seu turno, leciona deste modo: a expressão ativismo judicial, tal qual comumente empregada, constitui na essência a ausência de conteúdo; representa, sim, meramente um modo ardente de assinalar a desaprovação a uma decisão⁹⁵.

Barroso, por seu turno, define deste modo o ativismo judicial: o conceito de ativismo judicial está relacionado à participação mais abrangente e vigorosa da Justiça na efetivação de preceitos e objetivos institucionais, com mais ingerência na zona de ação dos outros dois Poderes⁹⁶.

Ele atribui as seguintes características à prática do ativismo judicial: aplicação direta da Constituição a casos não fixados em seu texto, sem se subjugar à vontade parlamentar, fundados em critérios mais flexíveis que os de claro desrespeito ao texto constitucional; imposição de posturas e omissão do governo, precipuamente em temas de políticas públicas⁹⁷.

O mesmo autor assim define o ativismo judicial: processo mediante o qual legisladores concentram as regras de conduta constitucional (discurso legal),

⁹⁴ LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Brasília; IDP, 2008. Apud PETER, Christine Oliveira. *Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB*. Vol. 5, número especial, 2015. Brasília: UniCEUB, 2015, p.19. Disponível em: <<http://www.rbpp.uniceub.br>>. Acesso em: jul. 2017.

⁹⁵ VALE, I. P. do. *O Ativismo Judicial: conceito e formas de interpretação*. *Jus Brasil*. Disponível em: <<https://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/169255171/o-ativismo-judicial-conceito-e-formas-de-interpretacao>>. Acesso em: jun. 2016.

⁹⁶ BARROSO, L. R. "Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo". In: FELLET, A. L. F.; PAULA, D. G. de e NOVELINO, M. (org.), *As novas faces do ativismo judicial*. [s. l.]: Editora Jus Podivm, 2011, p. 248-249.

⁹⁷ BARROSO, L. R. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. *Revista de Direito do Estado*, ano 4, nº 13:71-91, jan/mar 2009. Brasília: Editora OAB, p.75.

comprometida com o equilíbrio entre a discussão partidária e os elementos do Legislativo⁹⁸.

Em relação às peculiaridades do ativismo judicial, Luis Machado Cunha⁹⁹, apoiado em William Marshall, divide-o em quatro dimensões: contramajoritário – relutância dos tribunais de acatar decisões dos outros Poderes, vigor da jurisdição constitucional e juiz como legislador negativo; jurisdicional – expansão das fronteiras jurisdicionais do Judiciário, ratificação, transformação ou complementação de leis e atos administrativos; criativo – emprego da hermenêutica concretista na condição de processo para gerar novos direitos ou afirmar juridicamente prerrogativas morais, com base em premissas do Pós-Positivismo e do Neoconstitucionalismo, e ativismo remedial – determinação pelo julgador de deveres positivos aos Poderes, de políticas de governo, geração ou reestruturação de instituições, regulamentos legais.

O ativismo jurisdicional pode ser avaliado como a recusa dos Tribunais de permanecerem nos limites jurisdicionais fixados para o exercício de suas atribuições.

Outra conceituação do termo partiu de Lopes Júnior, citando Neal Tate Torbjorn, para quem existem condicionantes as quais estimulariam a propagação das práticas jurisdicionais: a hegemonia de sistemas democráticos; a apartação constitucional das atribuições dos Poderes; a concretização constitucional das prerrogativas individuais; o emprego do caminho judicial por opositores ao regime vigente e grupos com desejos específicos; a ineficiência das principais organizações institucionais e das medidas governamentais; a transferência, pelas organizações majoritárias, de competências a foros judiciais¹⁰⁰.

O ativismo assume também outros significados, fundados em teorias sociológicas. Pensadores da sociologia jurídica defendem que o ativismo constitui método de emprego de normas jurídicas afetas a um modo peculiar de entender a organização do Direito, com viés político.

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ CUNHA, J. R. *Ativismo Judicial, Limites e Possibilidades*. Disponível em: <<http://www.esmarn.org.br/cursos/aperfeiçoamento>>. Acesso em: jun. 2016.

¹⁰⁰ LOPES JÚNIOR, E. M. *A Judicialização da Política no Brasil e o TCU*. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p.35.

No pensamento de Carlos Eduardo Dieder Reverbel¹⁰¹, o ativismo judicial se concretiza, sempre que o juiz extrapola a esfera do Direito e integra a da política. A ausência de prestígio das normas, a má administração dos recursos do Estado, a ineficácia política e a inércia legislativa são resolvidas com fundamento em critérios jurídicos, aumentando o prestígio e a proeminência do Judiciário.

A professora Vanice Regina Lírio do Valle¹⁰² apresenta a organização das acepções desenhadas para o termo nas esferas jurisprudencial e doutrinária, identificando cinco principais sentidos do termo ativismo judicial, em curso na contemporaneidade: prática de confrontar posturas constitucionais provenientes de outros Poderes; não execução de precedentes; comportamento que faculta aos juízes legislar das salas das sessões; julgamento com o propósito de atingir resultados determinados previamente e distanciamento dos ditames metodológicos de interpretação.

Ela¹⁰³ elucida ainda que a dificuldade de identificar a postura ativista está nas questões inatas à exegese constitucional. O padrão empregado com o objetivo de evidenciar um julgado na condição de ativismo não se encontra em controverso posicionamento a respeito da adequada compreensão de dado princípio constitucional, nem simples ato de controle de constitucionalidade, em rejeição a ações do legislador, admitindo o ativismo como característica impressionante de certa instituição jurisdicional, e sim a reafirmação de similar postura de oposição às atitudes de outro Poder, notadamente em matérias mais complexas.

Há duas classes de ativismo judicial: a inovadora, mediante a qual o juiz cria uma norma de um direito, ou a reveladora, mediante a qual o juiz gera uma regra de um direito, a partir de lacunas na lei ou de preceitos constitucionais, com a possível inovação do ordenamento jurídico, a fim de complementar a compreensão de um princípio¹⁰⁴.

¹⁰¹ REVERBEL, C. E. D. *Ativismo Judicial e Estado de Direito*. In: José Levi Mello do Amaral Júnior (org.). *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 73.

¹⁰² VALLE, V. R. L. do (org.). *Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, p. 21.

¹⁰³ Ibidem, p. 19.

¹⁰⁴ GOMES, L. F. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/.../o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedent...>>. Acesso em: maio 2016, p. 2.

O autor Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes¹⁰⁵, por sua vez, afirma que o ativismo corresponde a um meio de atuar judicialmente dos juízes e dos magistrados, o qual provém de escolha política, postura dos representantes do Judiciário, e ultrapassa as funções típicas desse Poder. De acordo com Fernandes, esse comportamento objetiva determinar ao Estado a efetivação de políticas públicas, regulamentar condutas dos governantes ou dos legisladores ainda não reguladas.

Tassinari o resume como o desenho do Poder Judiciário provido de hegemonia, com atribuições que não lhe são identificadas constitucionalmente¹⁰⁶.

Além dessas, uma das mais significativas e adequadas definições de ativismo judicial advém do pensamento de Carlos Alexandre de Azevedo Campos. O vocábulo é utilizado, para indicar que o Judiciário atua além dos poderes a ele determinados pela Constituição. Assim, o basilar traço do ativismo se refere à propagação do poder de decisão que juízes e cortes exercem sobre os demais Poderes, aplicando deveres, anulando decisões ou atuando nos espaços destinados àqueles¹⁰⁷. Esta é a conceituação que será utilizada neste trabalho, pois se julga como acertada e simboliza o sentido contemporâneo de ativismo.

A partir da difusão do poder das Cortes e da participação no deslinde de expressivos temas morais e políticos que geram debates e contestações nas sociedades, entende-se que estas desempenham o papel de atores políticos, algumas vezes protagonistas. Os órgãos judiciais ativistas, ainda que distintos em alguns aspectos do Legislativo e do Executivo, são impelidos a participar da edificação do ânimo político hegemônico. Ao mesmo tempo, têm a necessidade de se adequar ao quadro político no qual se incluem.

¹⁰⁵ FERNANDES, R. V. de C. *Ativismo Judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira. Confluências*, vol. 12. Niterói: PPGSD-UFF, 2012. Disponível em: <<http://www.diritto.it/docs/30316-ativismo-judicial-por-uma-delimita-o-conceitual-brasileira>>. Acesso em: maio 2017.

¹⁰⁶ TASSINARI, C. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 32.

¹⁰⁷ CAMPOS, C. A. de A. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 154.

Azevedo Campos¹⁰⁸ explica que um cenário político hostil pode conduzir à postura de passividade judicial, ao passo que uma conjuntura política de liberdade decisória pode se revelar como oportunidade de manifestação do ativismo judicial.

Ainda que muito criticado e pouco compreendido, há estudiosos que veem vantagem no uso do ativismo judicial. A partir do momento em que as Cortes Constitucionais se responsabilizam pela proteção aos direitos individuais, as minorias são de modo geral favorecidas, na medida em que podem recorrer à Justiça sem impedimentos e ter suas prerrogativas constitucionais resguardadas e efetivadas, assim como ter justificadas as decisões provindas dos magistrados¹⁰⁹.

Constata-se então a constante e gradual transferência das decisões sobre expressivos assuntos sociopolíticos para o Judiciário, em lugar de serem discutidos e aprovados pelo Executivo e pelo Legislativo. Tal fenômeno conduz os magistrados a assumir comportamentos ativistas ou não, a depender da questão tratada ou dos aspectos externos concernentes ao crescimento da judicialização de demandas políticas.

Nota-se que matérias constitucionais se encontram diretamente conectadas a peculiaridades da interpretação e da aplicação da Lei Fundamental, abarcando a preponderância dos princípios constitucionais, a ambiguidade semântica do texto constitucional com respeito ao sentido de alguns termos de caráter subjetivo e o *status* das instituições judiciárias com postura expressivamente incisiva no que tange ao entendimento e à utilização da Constituição.

Ademais, o controle de constitucionalidade das leis, com a Emenda n.º 3/1993, adicionou uma ferramenta que acelera a solução de discussões constitucionais oriundas de temas os quais gerem dúvidas a respeito de seu correto encaminhamento – a ação declaratória de inconstitucionalidade. Por meio de tal mecanismo, o cidadão, os agentes políticos e até as instituições públicas e privadas podem provocar com mais agilidade a Suprema Corte¹¹⁰. Constantemente, questões polêmicas e

¹⁰⁸ CAMPOS, C. A. de A. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 154.

¹⁰⁹ DWORKIN, R. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.32.

¹¹⁰ ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. *Judicialização da Política no Brasil: Influência sobre Atos Interna Corporis* do Congresso Nacional. Tese (Doutorado) apresentada à Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012, p. 56.

contemporâneas vêm sendo analisadas pelo STF, cujos ministros estão conscientes de seu papel de distribuidor de justiça, garantidor do cumprimento aos preceitos constitucionais e às outras leis brasileiras, bem como da expansão de suas competências, com a assunção do papel político de proteger valores morais da sociedade e assegurar o bem-estar dos cidadãos e das instituições¹¹¹.

A par das várias definições para o ativismo judicial, teóricos, estudiosos do Direito, bem como juristas, advogados, ministros costumam confundir esse termo com a locução “judicialização da política”, entendendo-os como sinônimos, porquanto os efeitos são similares – o Legislativo e o Executivo veem algumas de suas atribuições encampadas pelo Judiciário. Ambos, entretanto, não possuem o mesmo sentido. De acordo com alguns, a diferença reside nas linhas interpretativas. A judicialização deriva do Neoconstitucionalismo, com a interpretação do texto constitucional por meio de vantagens concedidas ao Judiciário pelo legislador constituinte, a fim de que este Poder garanta as determinações da Constituição mediante princípios, olvidando a letra da lei.

Vanice do Valle¹¹² pondera que a dificuldade de identificar o ativismo judicial é inerente às questões afetas ao método de compreensão constitucional. O padrão empregado no sentido de definir uma decisão como ativismo ou não se encontra no discutido posicionamento sobre qual seria a correta leitura de dado dispositivo constitucional. Consoante Valle, não é a simples forma de controle de constitucionalidade ou o repúdio a atos do Legislativo que propiciam reconhecer o ativismo com característica de órgão jurisdicional, e sim a reafirmação dessa conduta de incitamento às atitudes de outro Poder em casos complexos.

No ativismo judicial, o juiz interpreta as normas atinentes a casos concretos relacionados a sua jurisdição, fundado também em preceitos constitucionais, sem a incidência direta de temas políticos. Em determinadas situações, o juiz pode determinar aos outros Poderes que elaborem certas normas ou cumpram as já existentes, ainda que não participem dos ritos processuais relativos a cada caso. Ele recorre igualmente a dogmas neoconstitucionais.

¹¹¹ Ibidem.

¹¹² VALLE, V. R. L. do. (org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, p. 21.

Consoante Carvalho Filho¹¹³, a judicialização da política foi utilizada fundada no texto de Tate e Vallinder, no qual enfocaram o significado e as situações institucionais para a difusão do Judiciário no procedimento decisório de nações democráticas. “Em ambos os casos, há aproximação entre jurisdição e política. Ocorre que essa aproximação decorre de necessidade, quando se estar diante de judicialização, e de vontade, quando se trata de ativismo.”¹¹⁴

Para Barroso¹¹⁵, a judicialização deriva do paradigma constitucional adotado e não da postura deliberada de vontade política, ao passo que o ativismo provém de opção do magistrado com respeito à interpretação das normas constitucionais, para conferir-lhes mais alcance e relevância.

A judicialização consiste em fato complexo e possui diferentes dimensões. Nela se transferem julgamentos dos poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário, que passa a definir regras de comportamento a serem efetivadas pelos outros Poderes. Resumindo, a judicialização da política está presente nas ocasiões em que questões sociais de natureza política são apresentadas ao Judiciário, a fim de que ele resolva conflitos e conservar a paz, mediante a prática da jurisdição¹¹⁶.

Já o ativismo judicial tem sentido diverso do de judicialização política, ainda que semelhante em alguns aspectos. A judicialização e o ativismo¹¹⁷ são afins, vindo da mesma família, conquanto não possuam origem semelhante, tampouco mesmos motivos. No Brasil, a judicialização consiste em situação provinda do paradigma constitucional perfilhado, não a prática assentada do ânimo político. Em vários casos, o Judiciário julgou, decidiu, porquanto era o que lhe competia, sem outra opção. Caso uma regra constitucional consinta possíveis ilações, presunções (objetivas ou subjetivas), impõe-se ao juiz conhecê-las e julgar com base nelas.

¹¹³ CARVALHO FILHO, J. dos S. Ativismo Judicial e Política. *Revista Jurídica Consulex*. Seção Ciência Jurídica em Foco. Edição 307, 30 de outubro de 2010.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ BARROSO, L. R. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. *Revista de Direito do Estado*, ano 4, nº 13:71-91, jan./mar. 2009. Brasília: Editora OAB, 2009, p. 79.

¹¹⁶ CARVALHO FILHO, J. dos S. Ativismo Judicial e Política. *Revista Jurídica Consulex*. Seção Ciência Jurídica em Foco. Edição 307, 30 de outubro de 2010.

¹¹⁷ BARROSO, L. R. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. *Revista de Direito do Estado*, ano 4, nº 13:71-91, jan./mar. 2009. Brasília: Editora OAB, 2009, p. 81.

No ativismo judicial¹¹⁸, por sua vez, a opção por uma ou outra maneira proativa de interpretar os ditames constitucionais simboliza postura do juiz e difunde seu sentido. Esse fenômeno ocorre em circunstâncias de retraimento do Legislativo, afastamento entre a sociedade e os políticos, o que obstrui o atendimento às exigências sociais. O conceito de ativismo judicial está atrelado ao de ativo e vigoroso comprometimento do Judiciário na materialização dos preceitos e das finalidades da Constituição.

Desse modo, o ativismo se manifesta sempre que existe uma lacuna, uma inoperância dos outros Poderes. Em tal situação, o Judiciário recorre por vezes a preceitos não contemplados na legislação¹¹⁹.

No sentir de Luis Flávio Gomes,¹²⁰ ocorre a judicialização do Direito e não o ativismo, quando o preceito constitucional prevê um direito e é interpretado, para que tal prerrogativa seja garantida.

Em razão das variadas definições e diferenciações, verifica-se haver certo equívoco sobre o significado de judicialização da política e o de ativismo judicial. O ativismo judicial se relaciona a uma escolha do órgão judicante, que pode ser progressista ou conservador, concernentemente à viabilidade de modificação das circunstâncias político-sociais. Nesse sentido, o Judiciário, movido por convicções do magistrado, adota algumas posturas até em detrimento da moral vigente nas instituições políticas. O ativismo inicia sempre que a predileção do magistrado resulta da vontade deste de apressar ou emperrar a transformação social, dentre as diversas saídas admissíveis¹²¹.

O ativismo insere-se no Direito, quanto à função interpretativa das decisões judiciais, mas se situa fora dessa seara, porquanto aquilo que o juiz compreende, pretende e examina pode instituir fendas institucionais, próprias de Estados de

¹¹⁸ BARROSO, L. R. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado*, ano 4, nº 13:71-91, jan./mar. 2009. Brasília: Editora OAB, 2009, p. 81.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ GOMES, L. F. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/.../o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedente>>. Acesso em: maio 2016, p. 3.

¹²¹ GARAPON, A. *O Guardador de Promessas*. Justiça e Democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 54.

exceção. O correto então é a concretização do ativismo judicial ocorrer na rigorosa interpretação do Direito.

A conduta ativista se expressa mediante distintos procedimentos: declaração de inconstitucionalidade de atos advindos do legislador, os quais indiquem explícita violação a preceitos constitucionais; determinação ou proibição de comportamentos ao Executivo, principalmente em questões afetas a políticas públicas; emprego da Constituição em casos não abrangidos nela, desconsiderando possível pronunciamento do legislador ordinário¹²². O fenômeno está atrelado à significativa participação do Judiciário na consecução dos propósitos constitucionais, imiscuindo-se nas condutas dos Poderes Executivo e Legislativo.

Pode-se conceituar também o fenômeno como essencial agente do desenvolvimento dos direitos fundamentais, embora deva se manter adstrito aos ditames democráticos, às regras constitucionais e à premissa da tripartição dos Poderes. É fundamental que o Poder seja instado a agir.

A judicialização da política, por sua vez, demanda igualmente a provocação do Poder Judiciário; consiste em uma série de situações as quais o Judiciário não domina, com motivações de natureza político-social, que podem ser analisadas sob distintos prismas. O aumento do número de litígios e os diferentes temas a que estes se referem constituem fatos antes não atinentes à atuação e à atividade do Judiciário¹²³. Dessa forma, tal evento não está sujeito à vontade dos integrantes do Judiciário. Barroso¹²⁴ arrola três fatores para a ocorrência da judicialização - redemocratização do país, constitucionalização e normativo de controle de constitucionalidade.

Luiz Werneck Vianna¹²⁵ denomina a judicialização como a publicização da esfera privada, pois a emergência de novos direitos e a reestruturação do Estado tornaram o Judiciário atuante com relação às transformações sociais.

¹²² BARROSO, L. R. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado*, ano 4, nº 13:71-91, jan/mar 2009. Brasília: Editora OAB, 2009, p. 81.

¹²³ HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 251, maio/agosto de 2009, p. 139-175.

¹²⁴ BARROSO, L. R. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado*, ano 4, nº 13:71-91, jan/mar. 2009. Brasília: Editora OAB, 2009, p. 82.

¹²⁵ VIANNA, W. et ali. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Reavan, 1999, p.15.

Segundo Lenio Streck, esse fenômeno deriva do relacionamento entre os Poderes estatais, transferindo o centro de tensão desses Poderes para a justiça constitucional¹²⁶.

A partir dessas explanações, pode-se verificar que são diferentes os fenômenos de ativismo judicial e judicialização da política, visto que se originam de referências opostas: o primeiro da postura judicial e o segundo do contexto social (dos jurisdicionados).

2.2 Implicações jurídicas

Como tudo que é recente, novo, é necessário averiguar quais os efeitos para o mundo jurídico e a sociedade, com o fito de entender, identificar vícios e virtudes do ativismo social e ponderar se seu emprego realmente afasta princípios da Teoria da Tripartição de Poderes.

Barroso¹²⁷, em seus ensinamentos, posiciona-se com viés pessimista, ao sustentar que, em razão da inquietude e da complexidade da vida, não há espaço para crenças, dogmas, e sim para textos de fácil e célere compreensão. Nesse sentido, o Direito convive com crise existencialista, dado que não é capaz de fornecer os dois produtos responsáveis por seu renome ao longo dos tempos. A injustiça é constante e se estende a todos os âmbitos, todas as direções; além disso, a hesitação caracteriza nossa época. Diante de tal quadro de aflição, o intérprete não pode se eximir de atuar em meio a tamanha desarmonia, confusão.

Nessa conjuntura, o ativismo, segundo balizas éticas, simboliza um dos preceitos democráticos, no sentido de que propicia e assegura o ingresso na prestação judicial por intermédio da materialização da cidadania, com pessoas cada vez mais atuantes na busca pela eficácia das garantias individuais e coletivas determinadas na Lei Maior.

A nova orientação global quanto à conquista e à expansão de direitos sociopolíticos, muitas vezes relegados a segundo plano, tem facilitado a atuação do Judiciário no propósito de remediar a ineficiência e a inércia do Legislativo na

¹²⁶ STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 78.

¹²⁷ BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. Triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Jus Navigandi*, ano 9, n.851, em 1.11.2005.

elaboração e na aprovação de leis que visem à manutenção do bem comum, satisfazendo as demandas sociais não supridas pelo legislador.

Em defesa do ativismo judicial,¹²⁸ o Direito, apoiado em novos padrões jurídicos, precisa conceder a cada indivíduo ou a cada grupo aquilo que é seu, respeitando estritamente os direitos fundamentais. Desse modo, torna-se concebível edificar processos e arcabouço jurídicos democráticos, amplos e participativos.

Dworkin explana¹²⁹ que as minorias ganharão poder político, caso os tribunais garantam a proteção aos direitos individuais, dado que tal abrigo se baseia em prerrogativas fundadas nas decisões por eles prolatadas. Casos complexos encontrarão solução nos princípios legais¹³⁰; cabe aos juízes, então, considerando que o Direito simboliza integridade, aceitar que este se edifica com uma reunião de prescrições a respeito de equidade, processo legal e justiça e as dirigir às questões a ele submetidas, para que seja efetivada a justiça e a igualdade no caso de cada indivíduo, com apoio nos mesmos normativos. Tal espécie de decisão judicial apropria-se da aspiração de que a integridade constitui um conjunto de preceitos.

Outra vantagem do ativismo consiste na resolução de conflitos sociais que não podiam ser antes solucionados por ausência de legislação sobre o tema por eles suscitado. Diversas normas carecem ainda de regulamentação e não podem ser utilizadas para elucidar demandas. Nesses casos, o magistrado pode decidir, assegurando a justiça social e protegendo os direitos fundamentais.

Wolfe¹³¹ é outro autor que distingue qualidades no ativismo judicial, designado por ele como convencional. Por meio desse recurso, os julgadores, em busca de alcançar a justiça, deliberam sobre temas que lhes chegam para ser analisados e solucionados, tendo em vista sempre a ampliação da igualdade, da liberdade, além da proteção à dignidade humana. Ao atuar assim, demonstram que o ativismo judicial não configura fenômeno nocivo, prejudicial.

¹²⁸ CAMARGO, D. M. de. *Jurisdição crítica e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2009, p. 95.

¹²⁹ DWORKIN, R. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 32.

¹³⁰ DWORKIN, R. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 291.

¹³¹ WOLFE, C. *Judicial Activism: Bulwark of Freedom or Precarious Security?* Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 1997, p.31.

O magistrado, fundado na percepção de que o Poder Público detém a obrigação de assegurar a efetivação dos direitos individuais definidos na Lei Maior, passa a ser proativo, suprindo as lacunas oriundas da morosidade e da omissão do Legislativo na sua função original de fixar leis que regulamentam as prerrogativas constitucionais e a inércia do Executivo na sua função de executar políticas públicas que garantam tais garantias constitucionais.

Essa postura antecipatória não pode, porém, se eximir de considerar as aspirações do constituinte, ao aplicar a lei e interpretá-la, sempre em consonância com os ditames constitucionais. O magistrado, então, desponta como civilizador, apto a garantir a concretização do Direito por meio do julgamento de lides e da delimitação do comportamento dos agentes dos outros Poderes do Estado.

O fenômeno decorre do novo cenário de comportamento do Judiciário, oriundo do Pós-Positivismo, que prega a hegemonia, a centralização e o poder vinculante da Carta Magna, redesenhando o arcabouço jurídico e conferindo nova feição à Teoria da Separação dos Poderes. Nesse sentido, o ativismo afigura-se postura proativa, positiva, de interpretar a Lei Fundamental, ao qual se recorre sempre que a classe política não está no mesmo compasso do povo, ou seja, não está atento às necessidades sociais e aos direitos fundamentais.

O ativismo judicial, como todo novo fenômeno, também encontra críticos, os quais defendem que, ao recorrer a ele, existe a possibilidade de ameaça à legitimidade democrática. A alegação é a de que, como não foram eleitos pelos cidadãos, os magistrados não podem (nem devem) ir de encontro a decisões adotadas pelos legítimos representantes da sociedade, que os elegeu por meio de democrático processo eleitoral.

Streck destaca que o fenômeno possui vícios: tanto os magistrados quanto a teoria têm responsabilidade, porquanto passaram a julgar que eram mais sábios que os constituintes, em vez de aplicar os ditames constitucionais e separar as regras incorretas. Com isso, passou-se da paralisia para o ativismo, compreendido como a predominância do senso próprio do julgador em detrimento da aplicação dos direitos inscritos na Constituição. Ademais, a justiça resvalou para uma situação em que se discorda da lei ou do texto constitucional e se gera uma norma (pan-princiolismo). Indaga-se, ao concordar que este ditame é lei (defendido por mais de 200 teses),

como proceder em matérias como confiança no juiz da lide, monogamia, cooperação processual¹³².

Outra consequência do fenômeno se dirige à exagerada credibilidade que pode ser conferida ao Judiciário, afetando os outros Poderes, como o Legislativo, e ferindo a independência entre eles. As críticas a maiores efeitos que recaem sobre o ativismo judicial assinalam a credibilidade excessiva dada ao Judiciário, que pode prejudicar outras instituições como o Legislativo, ou seja, uma questão de harmonia e independência entre eles.

Os efeitos dessa situação seriam a possível instauração de uma crise institucional, bem como a diminuição da confiança no Legislativo, porquanto os cidadãos passariam a optar pela via judicial, para resolver seus litígios, crendo na rapidez das decisões, sem esperar pela aprovação de leis que regulamentassem os casos concretos. Tal mudança acabaria, no entanto, por acarretar o esgotamento e o sufocamento do Judiciário, pois a quantidade de processos cresceria significativamente e impediria a célere solução das lides.

Barroso¹³³ invalida tal posicionamento, ao afirmar que a legitimação democrática da Justiça deve provir da própria Lei Fundamental, utilizando dois argumentos: um filosófico e outro normativo. Compete a ela e aos Tribunais Superiores zelar pelos direitos e pelos valores fundamentais de toda pessoa.

Filosoficamente, o Constitucionalismo e a Democracia conformam o Estado Democrático de Direito, o qual prega que o governo deve ser pelo povo e para o povo, restrito aos direitos fundamentais, o que garante ao Judiciário legitimidade democrática para agir, em razão da própria estrutura do Estado Constitucional. Do ponto de vista normativo, a Lei Maior atribui ao Judiciário competência para anular atos do Executivo e do Legislativo, a fim de proteger prescrições constitucionais¹³⁴.

Embora a atitude do magistrado possa refletir sua visão, ele deve estar amparado nas leis, na Constituição; por isso, é imparcial e deixa transparecer o ânimo

¹³² STRECK, L. *Entrevista*. Sítio eletrônico Consultor Jurídico, 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso em: jan. 2017.

¹³³ BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, ano 4, nº 13:71-91, jan/mar 2009, p.77.

¹³⁴ *Ibidem*.

do legislador, escolhido em processo eleitoral, para defender a vontade do povo, o que reduz a ameaça à legitimidade democrática. Assim, posturas ativistas estão baseadas nas normas constitucionais; portanto, não há risco de perda da soberania popular.

Outro aspecto negativo se relaciona ao possível risco de politização do Judiciário, considerada imprópria. Primeiramente, destaca-se a natureza política das decisões jurídicas, por conta de matérias afetas a ela, influenciadas pela natural subjetividade do juízo do magistrado, pela importância da vontade da maioria e pelos efeitos políticos das sentenças. O ponto alegado reporta-se ao fato de que um órgão cuja atribuição típica é aplicar imparcialmente as regras constitucionais e as leis está extrapolando essa atribuição e imiscuindo-se nas inerentes ao Legislativo¹³⁵.

Tal cenário pode efetivamente ocorrer, o que se contrapõe aos conceitos de promoção da justiça e de representatividade, fundamentados no respeito ao devido processo legal e na neutralidade, atribuídos aos órgãos judiciais. Ressalta-se, porém, que os membros do Judiciário detêm como princípio basilar atuar livremente, sem qualquer espécie de subordinação, salvo às regras jurídicas.

A polêmica a respeito do ativismo judicial também se situa na possibilidade de não ser viável limitar a atuação do Judiciário, o qual por vezes julga questões controvertidas e relevantes. Pela nova sistemática, o aumento dos poderes do Judiciário pode significar que esse órgão estará incumbido de decidir acerca de expressivas demandas. A consequência pode ser a tomada de decisões sem conformidade com preceitos técnico-científicos que devem ser aplicados ao caso, por conta de desconhecimento específico do assunto ou menos informações do que o exigido para solucionar a lide, afetando o julgamento e a sentença. Desse modo, pode de alguma forma prejudicar a efetivação dos direitos a serem garantidos.

Outro aspecto desfavorável imputado ao ativismo judicial diz respeito ao efeito que algumas decisões podem carregar consigo. Os tribunais podem, ao decidir em última instância, estender as consequências a todos os cidadãos e não apenas aos envolvidos na situação concreta, produzindo o controle abstrato e criando o efeito

¹³⁵ SILVA, M. A. da. A Efetividade da Atuação do Poder Legislativo Face ao Ativismo Judicial no Contexto Brasileiro. *Jurídico Certo*, 1º de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/manoelasilva/artigos/a-efetividade-da-atuacao-do-poder-legislativo-face-ao-ativismo-judicial-no-contexto-brasileiro-2026>>. Acesso em: jul. 2016.

vinculante¹³⁶. Nunes e Bahia¹³⁷ criticam essa situação, alegando que é impossível prever os impactos socioeconômicos e políticos das decisões prolatadas pelos magistrados, precipuamente em temas importantes para a sociedade de modo geral.

Para reverter essa situação, algumas nações, como o Brasil, recorrem a um instrumento denominado “reserva do possível”. O mecanismo foi utilizado primeiramente na Alemanha, nos anos 70, pelo Tribunal Constitucional alemão, que julgou o caso com fundamento na possibilidade de o Estado cumprir o que era requerido na ação (art. 12 da Constituição), recorrendo à ponderação¹³⁸. Então a decisão proferida considerou as condições do país de satisfazer à demanda.

A aplicação da reserva do possível encontra, porém, muitas críticas, marcadamente no que tange aos direitos essenciais, fundamentais. A dignidade humana¹³⁹ deve ultrapassar a possível dificuldade do Estado de garantir a efetivação de um direito essencial, quando o Judiciário determina que ele assim o faça, para preservar preceitos constitucionais: uma parcela do preceito da dignidade do homem, o teor fundamental, integra a concordância, a harmonia mínima afixada pela Carta Magna e tornada matéria jurídica; isto é, a não materialização das consequências inseridas nesse mínimo representa profanação à norma constitucional, no conservador planejamento do “tudo ou nada”. Então, pode-se reclamar judicialmente a prestação idêntica. Não se pode sopesar um preceito, tal qual o da dignidade da pessoa humana, notadamente ilimitada.

Dessa forma, o recurso à reserva do possível (limitação orçamentária) como justificativa não procede, sempre que a postura ativista do Judiciário em situações concernentes à garantia dos direitos fundamentais.

A defesa das mínimas condições de existência não se subordina ao instituto da reserva do possível, já que as prerrogativas constitucionais não podem estar sujeitas

¹³⁶ PRADO FILHO, A. V. O Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho e a Terceirização. *Evocati Revista*, n. 101, de 1º/5/2014. Disponível em: http://evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=607. Acesso em: jan. 2017.

¹³⁷ NUNES, D. J. C.; BAHIA, A. G. M. F. *Ativismo e protagonismo judicial em xeque*. Argumentos pragmáticos. 2011. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12587>. Acesso em: dez. 2016.

¹³⁸ MÂNICA, F. B. Teoria da Reserva do Possível: Direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, jul./set. 2007, p. 167.

¹³⁹ BARCELLOS, A. P. de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 246.

à ponderação por parte dos magistrados, ao analisar uma questão. O amparo ao mínimo existencial não está presente na reserva do possível, na medida em que seu usufruto independe de orçamento nem de políticas estatais, em oposição ao que sucede com os direitos sociais. Ou seja, o Judiciário pode impor a entrega das prestações positivas, pois não residem na discricionariedade do Executivo ou do Legislativo¹⁴⁰.

Assim, a questão da norma estaria na inconveniência do ativismo judicial com relação à democracia e à Constituição. Aquele iria de encontro aos princípios legais e ao Direito, uma vez que desfaria, afastaria a atribuição típica do Judiciário, intrometendo-se no centro fundamental das atividades conferidas constitucionalmente aos outros Poderes. Em tal contexto, os julgadores produziram leis em lugar de interpretá-las, violariam a delegação a eles atribuída, feririam a separação dos Poderes, além de causar alterações na Constituição sem modificar seu teor¹⁴¹.

Ferreira Filho¹⁴² também se posiciona a respeito das falhas do ativismo judicial, asseverando que se estaria criando a politização da atividade jurisdicional, o que pode resultar na ideologização da justiça. Ora, isso está relacionado aos partidos, que postulam ideologias, para arrebanhar votos e simpatizantes. Como o intuito era desvincular o Judiciário de condicionantes partidárias, o ativismo acaba por aproximá-lo dos planos partidário e ideológico.

De fato, critica-se que o ativismo judicial desvenda e assinala frágeis fronteiras entre o Direito e a política, que, ao serem transpostas, ingressam em outro território, em que um magistrado, um tribunal agiriam subjetivamente, consoante interesses, ideologias, preferências, o que ocasionaria a extrapolação de funções, distanciando-se das atividades típicas do Judiciário.

Miarelli e Lima se contrapõem a tal pensamento, ao propugnar que o ativismo simboliza o desdobramento de funções – caberia aos juízes não apenas interpretar a Constituição, mas também efetivá-la diante da inoperância dos outros Poderes e da

¹⁴⁰ TORRES, R. L. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.) *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 81-82.

¹⁴¹ RAMOS, E. da S. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 34.

¹⁴² FERREIRA FILHO, M. G. O papel político do judiciário e suas implicações. *Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas*, Ano 1, n. 2, 2001, p. 70. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a0833c8a1817526a>>. Acesso em: jan. 2017.

postura negligente dos legisladores¹⁴³. O ativismo judicial pode ser vantajoso, porém deve ser utilizado sem excessos, porque a democracia carece de constante atividade política, naturalmente de competência do Poder Legislativo.

Os debates e as polêmicas envolvendo o ativismo judicial e a atuação preventiva do Judiciário despertam posições favoráveis e desfavoráveis. A apatia e a ineficácia do Legislativo, assim como a ineficiência do Executivo, favorecem a atividade judicial, no sentido de resolver questões inerentes à efetivação dos direitos fundamentais, que ganharam destaque com o Neoconstitucionalismo. A mudança de postura da sociedade, que cobra cada vez mais a concretização de suas garantias constitucionais, tornou o ativismo judicial prática comum em diversos países, alterando a relação entre os Poderes constituídos.

Isso não pode ser considerado como problema, ou atividade antidemocrática, desde que o Judiciário se posicione, ainda que proativamente, de acordo com a previsão constitucional. A propagação das práticas ativistas, embora possa ameaçar a atividade política e a administrativa, revela que os outros Poderes, mormente o Legislativo, necessitam repensar sua atuação, a fim de que consigam satisfazer às aspirações e às carências da população.

Pode-se igualmente refletir acerca da possibilidade de ambos os Poderes, Legislativo e Executivo, deixarem de cumprir suas atribuições típicas, delegando ao Judiciário a análise e a decisão no que concerne a matérias polêmicas e controversas, para não sofrer qualquer tipo de desgaste político perante a opinião pública, caso a solução da questão seja de algum modo desfavorável à vontade da maioria. Dessa maneira, caberia ao Judiciário decidir, o que poderia provocar o enfraquecimento desse Poder e colocar em xeque posturas ativistas por ele efetuadas.

Há ainda outras questões a ser avaliadas com respeito ao ativismo judicial, como a atribuição atípica concretizada pelas Cortes Constitucionais, a jurisprudência criada em detrimento das funções dos outros Poderes, o desenvolvimento do Estado que interfere em questões afetas ao cotidiano, o aumento do controle abstrato das regras. Isso, entretanto, se apequena diante do crescimento da jurisdição

¹⁴³ MIARELLI, M. M.; LIMA, R. M. *Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

constitucional, da nova maneira de interpretar as leis e o texto constitucional e do vigor dos princípios constitucionais, pois tais posturas buscam efetivar direitos afetos à dignidade do homem e ao bem-estar social. Ademais, as ações coletivas interpostas por parcela significativa da população outorgam legitimidade democrática às sentenças emanadas dos tribunais e constituem um dos meios de exercer a cidadania.

Ressalta-se que a sobrevivência do Estado Democrático de Direito apenas resistirá, caso ocorra a real proteção às garantias fundamentais inscritas na Constituição. O ativismo judicial auxilia nessa tarefa.

2.3 Autocontenção judicial

Como o ativismo judicial tem sido constantemente criticado e refutado até por alguns representantes da área jurídica, ainda que haja mais pontos positivos que negativos no uso desse recurso jurídico, alguns Tribunais Constitucionais passaram a lançar mão de outro fenômeno, o da autocontenção judicial (ou autorrestrição judicial), diametralmente oposto ao do ativismo, utilizado por países cuja Corte responde pelo controle de constitucionalidade das leis. A opção por recorrer a um dos dois mecanismos depende da relação entre os Poderes e da influência do Executivo ou do Legislativo.

Para os que entendem o ativismo judicial como problema, visto que confere excessivo protagonismo ao Poder Judiciário e representa insulto aos desejos da maioria, representada pelos parlamentares, a doutrina da autorrestrição judicial seria o meio de solucionar a questão. A teoria prega que é fundamental delimitar a atuação dos magistrados e as atribuições da jurisdição constitucional, a fim de preservar a vontade expressa nas urnas, nas eleições para cargos do Executivo e do Legislativo. Os atores do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo, então não estariam legitimados a legislar em nome dele.

Habermas critica a excessiva ingerência do Direito na política observada em diversos Tribunais Constitucionais do mundo. Afirma que deve haver a delimitação, mediante a autolimitação judicial, dos atos de juízes e magistrados, os quais devem se ater a amparar os processos democráticos. Na visão dele, compete à Corte Constitucional de determinado país guardar a Lei Maior e possibilitar o livre acesso

dos cidadãos a uma instituição que lhes propicie deslindar seus problemas à luz das normas constitucionais.¹⁴⁴

Campos¹⁴⁵ leciona que o mecanismo se origina da época da promulgação da Constituição norte-americana, bem como da *judicial review*, ocasião em que se debatia sobre quem tinha competência e autoridade, para interpretar e fixar a acepção dos princípios constitucionais. De acordo com a *judicial review*, competia exclusivamente ao Poder Judiciário desempenhar tal função, considerando, entretanto, a restrição judicial (*judicial restraint*), segundo a qual o controle de constitucionalidade devia ser efetivado com parcimônia e cautela, a fim de esquivar-se de se imiscuir nos atos do Executivo e nos do Legislativo. Nesse contexto, o fenômeno exerce o papel de evitar que o Poder Judiciário gere insegurança jurídica e modifique ou defina condutas com égide nos próprios critérios e inviabilize a separação dos Poderes.

O entendimento era de que, ao reduzir sensivelmente a atuação ativista do Judiciário, julgado sem legitimidade democrática, se valorizava o regime democrático e se resguardava a soberania popular no que concernia à interpretação da Lei Maior. Competia aos representantes escolhidos pelos eleitores editar e aprovar as leis que indicavam os rumos da nação e estabeleciam o comportamento dos cidadãos e dos agentes públicos.

Quanto ao conceito de autocontenção judicial, pode ser definido como a postura dos magistrados no sentido de delimitar a intromissão nas atribuições típicas dos outros Poderes. Nesse sentido, os julgadores¹⁴⁶ devem agir com prudência, ao recorrer diretamente aos preceitos constitucionais em casos não previstos na Carta Magna. O ideal é aguardar que o legislador supra a falha legal em consonância com a competência a ele conferida constitucionalmente, para assim fazê-lo.

¹⁴⁴ HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileira, 1997, p. 133.

¹⁴⁵ CAMPOS, C. A. de A. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 177.

¹⁴⁶ BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, ano 4, nº 13:71-91, jan/mar 2009, p.76.

Branco¹⁴⁷ assevera que as Constituições democráticas conferem ao Poder Legislativo a missão de efetivar os ditames constitucionais, incumbindo ao Judiciário a atividade de guardião da Lei Fundamental, zelando para que os preceitos ali escritos sejam cumpridos, respeitados. O tradicional papel dos juízes e dos magistrados demonstra que possuem liberdade no momento de decidir, assentada na garantia constitucional, a qual lhes concede independência para decidir com imparcialidade. Essa liberdade está, no entanto, subjugada, vinculada a leis abstratas e universais, válidas para todos.

Para que o magistrado não sucumba à vontade de decidir baseado na visão subjetiva e particular dos fatos analisados em detrimento das leis, é necessário que entenda que nem sempre os ditames legais correspondem a seu entendimento da questão. A autodelimitação judicial possibilita que a convicção democrática de que a justiça confere a mesma solução jurídica para casos semelhantes seja atendida, em obediência ao preceito democrático de que a igualdade perante a lei é garantida a todos; o posicionamento pessoal do magistrado não prepondera e a norma elaborada pelo legislador é efetivada, concretizada.

Scalia¹⁴⁸, corroborando tal ideia, chama a atenção dos magistrados para a seguinte assertiva: caso alguém almeje ser juiz honesto, leal, tem de conformar-se com a ideia de que em algumas situações não apreciará as conclusões que a regra propiciará. Caso sempre aprove suas deduções, provavelmente está agindo inadequadamente, cometendo algum deslize¹⁴⁹. (tradução nossa)

A autorrestrição judicial, como fenômeno que procura retirar do Judiciário a supremacia nas decisões, contrasta com o ativismo judicial, uma vez que prega a interpretação ampla das regras, bem como a aceitação dos atos do Legislativo e do Executivo. De acordo com Barroso¹⁵⁰, pensadores e outros estudiosos têm propugnado claramente adotar a supremacia do legislador e da norma, o que equivale

¹⁴⁷ BRANCO, P. G. G. "Em busca de um conceito fugidio – Ativismo Judicial". In: *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Jus Podium, p. 387.

¹⁴⁸ SCALIA, A. *Palestra*. Chapman Law School, agosto de 2005. Disponível em: <[blog.acton.org/.../85103-6-quotes-antonin-scalia-on-law-and-the-.>](http://blog.acton.org/.../85103-6-quotes-antonin-scalia-on-law-and-the-.). Acesso em: jun. 2917.

¹⁴⁹ "If you're going to be a good and faithful judge, you have to resign yourself to the fact that you're not always going to like the conclusions you reach. If you like them all the time, you're probably doing something wrong."

¹⁵⁰ BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, ano 4, nº 13:71-91, jan/mar. 2009, p. 80.

ao padrão europeu em vigor antes da 2ª Guerra. Como efeito, a retórica atual defende a precisa interpretação constitucional, oposta ao ativismo judicial.

A autocontenção judicial pode ser efetivada por diferentes procedimentos – prevalência do preceito da presunção de constitucionalidade das leis, limites hermenêuticos, quando se prioriza o sentido normativo da Carta Magna; estabelecimento de barreiras formais com respeito a processos judiciais relativos à jurisdição constitucional, aos limites processuais; doutrina da falta de judicialidade nas matérias políticas, limites temáticos, e discricionariedades legislativa ou administrativa, como liberdade do legislador, limites funcionais¹⁵¹. Essas restrições dificultam o ativismo judicial, uma vez que restringem aos magistrados decidir e criar jurisprudência em determinados temas de natureza política.

No Brasil, existem diversos julgados de Tribunais Regionais e do Supremo Tribunal Federal que exemplificam a autocontenção judicial, demonstrando que as Cortes têm considerado questões de natureza econômico-financeira, embora se tratando de temas afetos às garantias prescritas na Lei Fundamental:

TRF-4 - APELAÇÃO CÍVEL AC 50020694520134047200 SC 5002069-45.2013.404.7200 (TRF-4)¹⁵²

Data de publicação: 16/12/2013

Ementa: ADMINISTRATIVO. FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA. MOTIVAÇÃO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. PREGÃO. PROCESSO SANCIONADOR. PENA. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. CASO CONCRETO. EXCESSO ADMINISTRATIVO. ANULAÇÃO. VIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPROPRIEDADE. MÉRITO. **AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL**. 1. Cumpre o requisito da motivação a sentença que, a despeito de adotar a conclusão extraída do Procedimento Administrativo, externa claramente a razão de decidir, viabilizando o exercício do contraditório. 2. A declaração de inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público, embora encontre previsão expressa na Lei n. 8.666 /1993 (artigos 87, IV, e 88), também se aplica ao Pregão (ao menos abstratamente), nos termos dos artigos 7º e 9º da Lei n. 10.520 /2002. 3. Na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, inexistente direito líquido e certo a proteger pessoa jurídica que, a juízo da Administração, tem contra si, com base em fatos concretos,

¹⁵¹ MELLO. C. A. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 205.

¹⁵² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. TRF-4 - *Apelação Cível AC 50020694520134047200 SC 5002069-45.2013.404.7200* (TRF-4). Data de publicação: 16/12/2013.

decretada a pena de inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público. 4. No entanto, o entendimento jurisprudencial cristalizado no âmbito da Corte Superior deve ceder espaço quando elementos probantes concretos afastam ou mitigam a reprovabilidade da conduta do ente moral submetido a processo administrativo (sancionatório) perante a Administração Pública. 5. É certo que o Direito Administrativo sancionador não se confunde materialmente com o Direito Penal, em cujo âmbito a culpabilidade (reprovabilidade social da conduta) figura como elemento do conceito analítico de crime. Porém, não há como negar o transporte axiológico de conceitos deste ramo das ciências jurídicas àquele, mormente quando em discussão critérios de sancionamento. 6. Quando a própria Administração sancionadora mitiga deveras a culpabilidade da pessoa jurídica sancionada (como in casu, afastando a penalidade de demissão originariamente imposta ao servidor público vinculado aos fatos infracionais dos quais decorreu a sanção de inidoneidade fixada em desfavor do ente fictício, por ausência de má-fé), não há como manter a penalidade administrativa mais gravosa, em homenagem ao princípio da proporcionalidade. 7. Ou seja, havendo manifestação formal da própria Administração Pública sancionadora acerca da simplificada/mitigada culpabilidade do agente público envolvido na situação fática enfrentada, não há motivos para manter um sancionamento mais grave em prejuízo da pessoa jurídica envolvida nas investigações administrativas, pois inexistente fundamentação suficiente para o discriminem. 8. Reconhecida a exorbitância da sanção, ao Poder Judiciário compete anular o sancionamento, deixando à Administração sancionadora a liberdade para impor nova penalidade, adstrita às balizas fixadas judicialmente. Trata-se da **autocontenção judicial** diante do mérito do ato administrativo. 9. Apelação provida.

Constituição e Poder: O juiz entre o ativismo **judicial** e a **autocontenção**

[...] que Holmes, comprovando seu apego à **autocontenção judicial** (**judicial self-restraint**), cansado... ênfase na **autocontenção** da atuação do Poder Judiciário (**judicial restraint**) [5]. Aliás, não era [...] ser bem [...]

TRF-4 - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL ED 50020280720114047117 RS 5002028-07.2011.404.7117 (TRF-4)¹⁵³

Data de publicação: 16/07/2014

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. 1. Inexiste omissão, contradição ou obscuridade quando o julgado decide expressamente sobre as questões suscitadas no recurso. 2. Inviáveis os embargos declaratórios para o reexame de matéria já decidida. 3. A intervenção **judicial** para a promoção de políticas públicas, embora por vezes necessária, deve ser excepcional, notadamente quando

¹⁵³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *TRF-4 - Embargos de Declaração em Apelação Cível ED 50020280720114047117 RS 5002028-07.2011.404.7117* (TRF-4). Data de publicação: 16/07/2014.

imprescindível para a promoção do mínimo existencial. 4. Respeitado o núcleo intangível dos direitos fundamentais, forçosa se apresenta a consideração da comprovada carência de recursos financeiros públicos e das escolhas trágicas (difíceis) levadas a efeito pelo Administrador, com a **autocontenção judicial**. 5. Ou seja, para a promoção do mínimo existencial, não se admitem, de ordinário, alegações de impossibilidade fática ou jurídica, abrindo-se as portas para a sindicabilidade **judicial**; observado, porém, o núcleo duro dos direitos fundamentais intergeracionais, deve-se respeitar - também de ordinário - a gestão pública administrativa, sob pena de infundado ativismo **judicial**. 6. Na espécie, pretende o Ministério Público Federal a condenação de ente político à construção de unidade escolar adequada à ministração de aulas a comunidade indígena específica (e ao pagamento de indenização por danos morais coletivos). No entanto, em instrução, verificou-se que o requerido (i) instaurou procedimento administrativo para apurar a situação caótica noticiada à Secretaria Estadual da Educação; (ii) interditou o prédio em que outrora eram ministradas aulas à comunidade indígena; (iii) iniciou procedimento de obtenção de verbas, junto ao FNDE/MEC, para a solução do problema, inclusive em contextualização macro (abrangendo diversas comunidades indígenas em situações análogas); (iv) providenciou a demolição das instalações antes utilizadas; e (v) construiu unidade educacional com recursos próprios, embora com instalações mais modestas que as postuladas pelo autor - a denotar que medidas administrativas vêm sendo adotadas para o contorno do problema apurado....

STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 519778 RN (STF)¹⁵⁴

Data de publicação: 05/03/2014

Decisão: [...], recomendam postura de **autocontenção judicial**. 6. Ausência de vícios formais no acórdão. 7. Recurso [...] de uma postura de **autocontenção judicial**. A natural deferência ao legislador decorrente do princípio [...] legislativa pela **judicial**, é reforçada pelo caráter altamente técnico e complexo da análise [...].

Os Ministros do Supremo exerceram a autorrestrrição judicial também ao decidirem na ADI 2.065/DF¹⁵⁵, que objetivava declarar a inconstitucionalidade da regra que revogava os Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social e o Conselho Nacional de Seguridade Social, dificultando o controle do INSS. A Ação nem foi conhecida, já que a maioria dos Ministros consentiu na preliminar de não conhecimento da Ação efetuada pela Advocacia-Geral da União.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 519778 RN (STF). Data de publicação: 5/3/2014.

¹⁵⁵ CAMPOS, C. A. de A. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 241-244.

Além desses, o Judiciário¹⁵⁶ brasileiro recorreu à autolimitação judicial, quando optou por não defrontar o Executivo na ocasião em que o ex-presidente Collor editou o plano econômico que bloqueou determinada quantia da conta dos brasileiros, bem como nos processos de fiscalização concentrada de constitucionalidade os quais declaram semelhança entre as metas do autor que interpõe a ação direta e o teor material do preceito por ele contestado nessa seara processual. Igualmente revelou postura autorrestritiva, ao julgar que não detinha competência para se posicionar acerca do Mandado de Injunção.

Empregou¹⁵⁷ também a autocontenção, por denegar competência para fiscalizar as condições de urgência e importância indispensáveis à edição de medida provisória, salvo se houver extrapolação do legislador no exercício de sua atribuição típica.

Destaca-se, no entanto, que os defensores da autolimitação judicial não se encontram aptos a fixar como o fenômeno seria concretizado na prática em todos os casos. Se a questão concernir à omissão do Legislativo, por exemplo, seria então adequado interromper o julgamento no tribunal e aguardar que os legisladores elaborem a norma relativa ao assunto ou retifiquem uma lei, caso não esteja em conformidade com os princípios constitucionais. Isso certamente demandaria muito tempo e deixaria o reclamante à mercê da disposição do Legislativo de realizar o que é de sua competência.

Se o problema se referir à omissão do Executivo na efetivação de alguma política pública, o procedimento seria idêntico: suspende-se o julgamento e espera-se que os governantes finalmente se disponham a concretizar a medida governamental. Os autores da ação, nesse meio tempo, continuam desprotegidos, impotentes, pois não podem obrigar o Executivo a agir ou o Legislativo a realmente legislar. E o Judiciário fica inerte, sem ação, sem exercer a função de garantir a realização dos direitos fundamentais.

Deve-se considerar ainda que, consoante a ideia de autolimitação judicial, a função do Judiciário não consiste em decidir o que é adequado ou não ao Estado e à

¹⁵⁶ CAMPOS, C. A. de A. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 241-244.

¹⁵⁷ CAMPOS, C. A. de A. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 241-244.

sociedade, mas sim julgar aquele caso concreto que foi a ele submetido, ainda que em algumas situações ele defina jurisprudência, que passa a valer para todos. Compete aos juízes, sim, firmar posicionamento sobre se certa norma é ou não constitucional. Tal opinião simplifica e restringe e muito a atuação do Poder Judiciário, já que este se veria impedido, limitado de atuar em defesa dos direitos fundamentais, quando são violados ou ameaçados.

Pode-se afirmar que a atitude proativa dos magistrados pode ser considerada ameaça à independência de atuação dos legisladores e dos governantes, ferindo e descumprindo os ditames preceituados na Teoria de Montesquieu, segundo a qual só há equilíbrio na balança de poder e conservação do Estado Democrático de Direito, se cada um dos Poderes tiver suas funções bem definidas e distintas. Sobressai que é de competência do Executivo e do Legislativo exercerem a representação democrática, em homenagem aos preceitos definidos pela Teoria da Separação dos Poderes, considerando sempre a vontade popular. Dessa forma, sempre que o Judiciário cria jurisprudência ou determina ao Executivo atuar dessa ou daquela maneira na realização de políticas públicas, afeta a função legislativa e a executiva.

Conclui-se que, embora as atividades de cada um estejam claramente firmadas na Constituição de cada Estado, uma das atribuições do Poder Judiciário é salvaguardar e expandir as garantias constitucionais as quais fortalecem a participação popular nos rumos políticos da nação. Como nem sempre é possível para a sociedade exercer a soberania inerente ao regime democrático, como detentora do poder político, o Judiciário ultrapassa legitimamente sua função típica, no sentido de proteger os direitos e a vontade do povo e garantir que sejam efetivados e respeitados. Então, a autorrestrição judicial só tem sentido se empregada de modo a não prejudicar a atuação estatal com relação a determinada questão. Caso contrário, está-se impedindo os magistrados de agir em conformidade com as regras constitucionais e fortalecer o ânimo da maioria da coletividade.

CAPÍTULO 3 ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO À SAÚDE: ALEMANHA, ARGENTINA, BRASIL E ESPANHA

A maioria dos Estados Democráticos espalhados pelo globo se estrutura segundo os dogmas da Teoria Tripartite dos Poderes. De acordo com ela, o Judiciário, o Legislativo e o Executivo, Poderes constituídos, são independentes e se conformam em instituições diferentes. Assim, administrar, executar, legislar e julgar configuram atos exercidos por Poderes distintos: Executivo, Legislativo e Judiciário. Dessa forma, é de competência dos Poderes Executivo e Legislativo elaborar e concretizar políticas de governo, incluindo as referentes à área da saúde, bem como promulgar leis que garantam e tornem eficaz a proteção a esse direito.

Essa composição, contudo, tem convivido com expressivas mudanças decorrentes de novas concepções jurídicas, comportamento dos indivíduos e outras demandas sociais. Para fazer face ao novo cenário, as atribuições típicas e atípicas dos Poderes têm se flexibilizado, principalmente com o Judiciário encampando funções antes restritas aos outros Poderes. Em vários países, o ativismo judicial tem estado presente em decisões da justiça, redesenhando a balança do poder.

Com base nessa realidade, este Capítulo pretende identificar como o ativismo judicial se efetiva, dentre outras, em quatro nações – Alemanha, Argentina, Brasil e Espanha - com respeito ao direito à manutenção da saúde, considerado fundamental na Lei Fundamental de cada um deles. Nesses países, o Judiciário se imiscuiu de algum modo em atos do Executivo e do Legislativo com referência ao direito à saúde, extrapolando suas atribuições, ou adotando decisões que garantam os direitos fundamentais. Os quatro Estados possuem distintos ciclos institucionais e políticos, com experiências na concretização do ativismo judicial, algumas diferentes, outras semelhantes.

O direito à saúde, entendido como prestacional, é reconhecido como natural (ou fundamental) e se estende tanto ao ser humano quanto à coletividade. Sua essência representa um dos aspectos da condição de dignidade do homem e configura um dos pilares do Estado Democrático de Direito, mesmo que não venha expresso na Lei Maior de todas as nações democráticas. Assim, compete aos Poderes constituídos – Executivo, Legislativo e Judiciário – zelar pela consecução dessa prerrogativa, por meio do fornecimento de fármacos, execução de cirurgias e exames, tratamento de doenças, construção de hospitais públicos, dentre outras medidas governamentais. O direito à saúde se conecta ao bem-estar do indivíduo, à

preservação da subsistência digna. Dessa maneira, é inadequado usar o argumento da reserva do possível, isto é, a impossibilidade de o Estado assegurar a materialização dos direitos fundamentais, pois a recusa prestacional compromete a dignidade do indivíduo, ao retirar dele o direito de ter o mínimo essencial, para sobreviver. O Estado omissivo, ineficaz, incompetente não pode colocar em risco a vida de uma pessoa baseado na regra do possível, pois prejudica a qualidade de vida, comete injustiça.

O direito à saúde deve estar naturalmente incluso nos direitos essenciais, uma vez que representa o mínimo de condição para que o indivíduo sobreviva dignamente, com padrão mínimo de existência. Assim, representa dever do Estado preservar, zelar pela saúde de seus cidadãos e buscar, mediante pesquisas e políticas públicas, prevenir doenças e manter a população saudável. Ainda que o direito à saúde seja constitucionalmente inquestionável, a condição sociopolítica e econômica de determinada nação em dado momento pode prejudicar a consecução de algumas prerrogativas constitucionais, originando conflitos e provocação do Judiciário. Em tal contexto, o Poder Judiciário não pode permanecer omissivo, quando acionado, a decidir sobre a questão, já que se trata de garantia constitucional natural.

No Brasil, a Constituição de 1988 define que “[...] a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”¹⁵⁸.

No âmbito internacional, os textos concernentes aos direitos humanos trata a consecução do direito à saúde como subjetivo e prioridade do Estado, por intermédio da total assistência médica em caso de enfermidade, bem como da garantia de qualidade de vida condizente com a dignidade humana¹⁵⁹. Em vista disso, o Judiciário age, se constatar omissão ou abuso do Executivo ou do Legislativo, para afiançar a plena efetivação do direito à saúde e a preservação do Estado Democrático de Direito. O ativismo judicial não é exclusividade do Judiciário brasileiro. São vários os órgãos

¹⁵⁸ BRASIL. *Constituição* (1988). Texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 64, de 4 de fevereiro de 2010. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <tp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.Htm>. Acesso em: jan. 2017.

¹⁵⁹ SILVA NETO, M. J. e. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 251.

judiciais, em diversos países, que têm adotado posturas ativistas, ou já o fizeram, decidindo sobre temas atinentes à implementação de políticas públicas e à promulgação de leis.

3.1 Alemanha

O primeiro Tribunal Constitucional na década de 1950 foi criado na Alemanha, país que começou a avaliar a Constituição, considerando a importância dos valores fundamentais relativos à dignidade do homem, priorizando a garantia deles¹⁶⁰ e afastando o positivismo jurídico, o que alterou a maneira de aplicar e entender o Direito. Desse exame, foi desenvolvida a teoria de direitos essenciais, a qual fundamentou a elaboração de um conjunto racional de regras, influenciado pelos preceitos da Carta Magna, centrada em valores objetivos referentes às prerrogativas fundamentais. A Constituição alemã não discrimina claramente o direito à saúde, mas o insere na concretização do direito à vida, à incolumidade física.

A Corte Constitucional, que não integra o Poder Judiciário, transferiu sua atuação para as mais relevantes instituições estatais, as quais respondem pelo direcionamento do ânimo político, bem como pela manutenção da unidade política.¹⁶¹ Tais transformações na forma de interpretar o Direito implicaram a aprovação da Lei Fundamental de Bonn e em seguida o desenvolvimento de atitude proveniente do papel definido para o Tribunal Constitucional Federal, denominada jurisprudência dos valores¹⁶². Essa jurisprudência foi estimulada pela postura do Tribunal Constitucional, que, para reagir ao sistema jurídico vigente durante a fase do nazismo, voltou a protagonizar a atuação judicial no país e legalizar as sentenças adotadas com apoio nos preceitos constitucionais da Lei Maior de 1949. As Cortes da Alemanha passaram a lavrar decisões em muitos casos contrárias à lei ou extralegais, como forma de escapar de regras aprovadas durante o regime nazista¹⁶³.

Essa situação resultou em nova exegese do texto constitucional pelo Tribunal. Era atribuição deste reconhecer os valores expressos na Constituição, uma vez que

¹⁶⁰ CRUZ, L. M. *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*. México: Porrúa, 2006, p. 5-6.

¹⁶¹ HESSE, K. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís A. H. 20 ed. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998, p. 487.

¹⁶² CRUZ, L. M. *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*. México: Porrúa, 2006, p. 5-8.

¹⁶³ KAUFAMNN, A.; HASSEMER, W. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 123.

esta não intenta constituir ordem neutra de valores¹⁶⁴. Assim, a jurisprudência de valores, ou a jurisprudência dos tribunais, relegando a segundo plano a lógica e a ciência jurídica, foi influenciada pela jurisprudência dos valores intrínsecos à existência humana e edificou a atividade jurisdicional fundada na interpretação de princípios supraleais de juízo crítico a respeito das normas. Nesse sentido, a crise experimentada com relação às certezas até então assumidas como verdadeiras decorreu da jurisprudência de valores, simbolizada como a fase da perda das certezas do pensamento jurídico.

A fim de ultrapassar as questões apresentadas nas leis nacionais, de cunho socialista, essa jurisprudência passou a recorrer a opções aptas a afastar a tradição jurídica do país, formalista, nomeadas por muitos como direito suprapositivo¹⁶⁵. Então o Tribunal Constitucional tem utilizado justificativas apoiadas em valores materiais, no intuito de firmar decisões que extrapolam as fronteiras legais, desenvolvendo instrumentos os quais legitimam e justificam as decisões da Corte. Segundo Oliveira et ali¹⁶⁶, há a transferência do componente abstrato para a atuação concreta do magistrado, que precisa fundamentar suas decisões em princípios da norma jurídica em vez de deduzir conceitos.

O Tribunal, entretanto, recorre a estratégias, para reduzir os efeitos de possíveis jurisprudências que possam melindrar os legisladores e para manter a harmonia entre os Poderes¹⁶⁷. Em tal contexto, sempre que se identificam questões não contempladas na legislação ou normas ineficazes ou inadequadas, os membros do Tribunal Constitucional alemão cientificam o legislador, no sentido de que este retifique o que for necessário, buscando preservar a concórdia e a autonomia entre os Poderes.¹⁶⁸

Se o Legislativo não realizar as correções solicitadas pelo Tribunal, este interferirá, com o propósito de assegurar o direito do autor da ação, em respeito aos

¹⁶⁴ CRUZ, L. M. *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*. México: Porrúa, 2006, p. 7.

¹⁶⁵ KAUFAMN, A.; HASSEMER, W. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 123.

¹⁶⁶ OLIVEIRA, R. T. de et ali. A Jurisdição Constitucional entre a Judicialização e o Ativismo: Percursos para Uma Necessária Diferenciação. *Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional*, 2008, p. 63.

¹⁶⁷ VALLE, V. R. L. do (org.). *Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, p. 28.

¹⁶⁸ FERNANDES, R. V. de C. *Experiências de ativismo judicial na Europa continental*. 2011, p. 72.

princípios definidos no arcabouço legal e na Constituição. Embora o Judiciário procure não ultrapassar os limites de sua atuação, ele age prontamente, quando o caso demandar postura mais incisiva. Um dos casos que exemplifica a postura ativista da Corte Suprema se refere ao aborto. Em 1975, na ação interposta por Schwangerschaftsabbruch, os magistrados, amparados no inciso II do art. 2, GG, anularam o § 218a StGB – regra do prazo com relação ao aborto. O § 218a estipulava que o aborto praticado em até 12 semanas da data da concepção não seria mais criminalizado. A Corte prescreveu as circunstâncias em que seria possível recorrer ao aborto, sob o argumento de que o Legislativo ferira a obrigação do Estado de proteger direitos naturais, como o direito à vida¹⁶⁹.

Outra matéria que ilustrou conduta ativista da Corte Constitucional do país concerne ao direito à preservação da saúde dos cidadãos. No Processo BVERFGE 77, 170 (*Lagerung Chemischer Waffen*), de 1987, houve a Reclamação Constitucional contra omissão de ato normativo do Executivo, bem como do Legislativo¹⁷⁰:

MATÉRIA: Durante quase todo o período da segunda metade do séc. XX, conhecido como “Guerra Fria”, era um “segredo aberto” que os Estados Unidos da América mantinham depósitos de armas no território da República Federal da Alemanha, realizando a armazenagem de armas químicas (*Lagerung chemischer Waffen*) em locais obviamente mantidos no mais estrito sigilo (segredo militar). Qualquer cidadão alemão e qualquer pessoa residente na Alemanha nessa época poderia, no entanto, ser vizinho de tais depósitos sem saber, **correndo sua vida sérios riscos em caso de acidente, sabotagem** etc. (grifos nossos)

Os autores da reclamação questionavam, denunciavam a inércia, a passividade do Governo Federal e do Parlamento, que permitiram armazenar armas químicas próximo a bairros residenciais, arriscando a saúde dos moradores. Na ação, alegaram que o Legislativo não promulgara lei com o intuito de regulamentar a armazenagem de substâncias químicas, ao passo que o Executivo não adotara qualquer medida, para proteger os cidadãos da região contra possíveis acidentes decorrentes de vazamento do produto, dentre outros.

¹⁶⁹ SCHWABE, J. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. de Leonardo Martins. Montevideo: Konrad-Adenauer, 2005, p. 266-273.

¹⁷⁰ SCHWABE, J. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução: Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro, Vivianne Geraldine Ferreira. Uruguai: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2005, p. 307.

O Tribunal deferiu em parte a solicitação dos reclamantes, asseverando que, ainda que o art. 2º do GG disponha sobre o direito à existência e ao bem-estar físico, no intuito de proteger a saúde e a vida das pessoas, a violação sucede, entretanto, sempre que o órgão da Administração competente para outorgar a licença não respeita os dispositivos processuais, promulgados pelo Estado, haja vista a observância ao dever de proteger os bens jurídicos citados no art. 2, II, GG¹⁷¹.

Apesar disso, Valle afirma que o Tribunal Constitucional alemão tem empregado estratégias metajurídicas, adiando decisões que acarretem controvérsias entre as principais instituições estatais que decorram de manifestações contrárias das minorias, aguardando a diminuição da pressão política, o que em muitos casos causa a perda do assunto em exame¹⁷². Assim, é possível compatibilizar a proteção aos direitos fundamentais com o ativismo judicial, demonstrando que a postura da Corte Constitucional não é exacerbada, arbitrária, mesmo que esteja avaliando alegadas violações às normas ou omissão do Legislativo.

A autora acrescenta que a Corte alemã, por meio dos provimentos jurisdicionais por ela realizados, concilia o ativismo judicial com a atuação dos outros Poderes no que concerne ao teor dos preceitos constitucionais, a fim de assegurar os efeitos de suas decisões e o equilíbrio de poder¹⁷³.

A Suprema Corte da Alemanha tem como premissa procurar não se imiscuir em atos do Legislativo; quando necessita fazê-lo, em questões que indicam inércia ou extrapolação do legislador na feitura das leis, a Corte procura abrandar os efeitos das jurisprudências por ela criadas. Para tanto, em homenagem à paz e à equidade entre os Poderes, o Tribunal notifica os legisladores a corrigirem as falhas ou solucionarem os problemas, antes de anular uma regra ou um ato inconstitucional. Com essa atitude, o Judiciário defende a ordem de valores da Lei Maior, produzida pelo Legislativo, mediante a efetivação da jurisdição constitucional ativa.

¹⁷¹ SCHWABE, J. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução: Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro, Vivianne Geraldine Ferreira. Uruguai: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2005, p. 305.

¹⁷² VALLE, V. R. L. do (org.). *Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, p. 28.

¹⁷³ VALLE, V. R. L. do (org.). *Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, p. 28.

Desde que foi criado, o Tribunal Constitucional da Alemanha tem pautado sua atuação na jurisprudência de valores, sem desconsiderar as atribuições típicas dos outros Poderes, usando a ponderação na análise das questões a ele trazidas.

3.2 Argentina

Originalmente, o texto constitucional argentino tratava do direito à saúde implicitamente. Competia ao Estado assegurar a saúde, com o entendimento de que ela estava intimamente relacionada ao direito à vida¹⁷⁴, este sim consagrado no preâmbulo da Carta Maior nacional.

A garantia do direito à saúde só foi realmente priorizada no texto constitucional da Argentina com a reforma constitucional de 1994, a qual se coadunou com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, inspirada por ordenamentos celebrados entre nações, como a Declaração de Direitos Humanos de 1948, decorrente da revolução ocorrida na França e nos Estados Unidos¹⁷⁵.

O inciso 22 do art. 75 da Carta Magna argentina passou a determinar que dadas convenções, declarações e tratados são hierarquicamente constitucionais e devem ser considerados como complementos às garantias definidas na Constituição. A partir de então, a garantia do direito à saúde é examinada com apoio em tratados internacionais,¹⁷⁶ representando a internacionalização do ordenamento argentino referentemente ao abrigo dos direitos fundamentais.

O inciso 23 do mesmo artigo, por sua vez, determina que cabe ao Congresso Nacional adotar medidas e aprovar leis que assegurem a igualdade de oportunidades e o total exercício das prerrogativas estabelecidas pelos tratados internacionais referentes a direitos humanos e pela Constituição, incluso o direito à saúde¹⁷⁷.

¹⁷⁴ CLERICI, R. A. *El derecho a la salud en la Corte Suprema de Justicia*. Buenos Aires: Lecciones y Ensayos, 2005, p. 285-328.

¹⁷⁵ CLERICI, R. A. *El derecho a la salud en la Corte Suprema de Justicia*. Buenos Aires: Lecciones y Ensayos, 2005, p. 285-328.

¹⁷⁶ DAMSKY, I. A. *La construcción del derecho a la salud em Argentina a partir de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos*. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2252/10.pdf>>. Acesso em: maio 2017.

¹⁷⁷ DAMSKY, I. A. *La construcción del derecho a la salud em Argentina a partir de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos*. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2252/10.pdf>>. Acesso em: maio 2017.

Dessa maneira, a Argentina perdeu o poder discricionário de decidir acerca de questões atinentes aos direitos humanos, dado que estava atrelada aos ditames do Direito Internacional, principalmente aos do interamericano (com força constitucional). O Estado assumiu diversos deveres os quais foram paulatinamente se sedimentando, dificultando qualquer tipo de violação a eles. Neles estava inserido o direito à saúde.

Na Constituição nacional, no art. 42, § 1º, o direito à saúde passou a ser assim garantido: “*Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno*”¹⁷⁸. (grifo nosso)

Além disso, a capital federal do país se incumbe de proteger a saúde das 23 províncias que o compõem. Para tanto, fragmentou o sistema de saúde em distintos setores, com diversas origens de recursos (contribuição dos trabalhadores e fontes orçamentárias). Ademais, dedicou mais atenção ao progresso da tecnologia e da medicina, em lugar de criar programas básicos de saúde¹⁷⁹.

A Suprema Corte de Justiça da Argentina, estabelecida em 1863, como garantidora do cumprimento aos preceitos constitucionais, tem defendido que é dever do Estado assegurar o pleno exercício dos direitos humanos, dentre eles o direito à saúde. Assim, em algumas decisões, a Corte determinou ao governo que fornecesse os medicamentos necessários ao tratamento de doenças¹⁸⁰.

Embora haja poucos registros de posturas ativistas realizadas pela Corte da Argentina, está documentado o caso mais notório de ativismo judicial praticado pela Suprema Corte argentina, que se refere ao tratamento de pacientes com o vírus HIV.

¹⁷⁸ DAMSKY, I. A. *La construcción del derecho a la salud em Argentina a partir de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos*. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2252/10.pdf>>. Acesso em: maio 2017.

¹⁷⁹ SOUZA, M. de L. de. et al. (orgs.). *A saúde na fronteira seca Brasil-Argentina*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

¹⁸⁰ DAMSKY, I. A. *La construcción del derecho a la salud em Argentina a partir de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos*. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2252/10.pdf>>. Acesso em: maio 2017.

O¹⁸¹ evento foi denominado de “Caso da Associação Benghalensis” e acabou por criar jurisprudência para o julgamento de outras lides afins.

Algumas entidades governamentais de combate à AIDS e a Associação Benghalensis acionaram o Poder Judiciário com o propósito de que este determinasse ao governo, por meio do Ministério da Saúde e Ação Social da Nação, que fornecesse medicamentos continuamente aos pacientes aidéticos, a fim de tratá-los e reabilitá-los, caso possível.

As reclamantes alegaram que a Lei Nacional n. 23.798, art. 3º, definiu o Ministério da Saúde e Ação Social da Nação como o órgão que devia, sobretudo, fornecer os medicamentos aos portadores da AIDS e que o fornecimento seria ininterrupto, sob pena de provocar efeitos danosos aos doentes, caso parassem de tomá-los.

O governo não acatou a justificativa da Associação, sob os seguintes argumentos: o Ministério não era o único responsável pela distribuição dos medicamentos; os autores eram ilegítimos, pois não houvera lesão a um direito concreto; o Ministério entendia que a Lei apenas o obrigava a administrar um programa central, a ser subdividido em outros em esferas locais.

O juízo de Primeira Instância deu ganho de causa aos autores da ação e ordenou ao Ministério que fornecesse os medicamentos e providenciasse o tratamento desses enfermos e a assistência a eles. Afirmou que tal obrigação não devia ser transferida a outros órgãos.

Com respeito à legitimidade dos autores, a Câmara Nacional de Apelações os considerou legítimos para entrar com a ação de amparo, a qual poderia ser efetivada pelo defensor da população, pelas entidades que objetivassem essa meta ou por qualquer um que se sentisse afetado. Asseverou ainda que a Constituição (arts. 14, 18, 19 e 33) prevê o amparo à saúde e à subsistência e que a Lei 23.798 versa sobre o combate à AIDS, mediante a definição de programas e políticas públicas aptos a

¹⁸¹ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. A. 186. LXXXIV. “Caso Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/ amparo ley 16.986. 2000”.

prevenir, diagnosticar e tratar a enfermidade. Nesse contexto, o fornecimento de remédios configuraria medida de direitos humanos constitucionalmente prevista.

Irresignado, o Estado recorreu da decisão, interpondo recurso extraordinário, no qual alegou ter havido violação aos preceitos de defesa, à divisão e à independência dos Poderes, à supremacia das normas formais, ao direito de propriedade. Sustentou que sua atitude não se sujeitava ao controle judicial, em homenagem à separação dos Poderes, e que não era unicamente seu dever fornecer os remédios, já que o sistema de saúde consistia em organização federal.

Os ministros da Suprema Corte, ao julgar o Recurso Extraordinário do Ministério, decidiram o seguinte: o Estado tinha a obrigação de dispor os medicamentos aos enfermos, diagnosticar e tratar a doença, segundo prescrevia a Lei 23.798, art. 4º; o art. 43 da Carta Magna nacional definia como legítimos indivíduos distintos dos diretamente afetados tais quais associações, desde que houvesse ação ou omissão que reduzisse vantagem prevista constitucionalmente. Além disso, entenderam que os estados locais não receberam delegação do Estado federal, para distribuir os remédios, e que o tema era indiscutivelmente de interesse nacional. Assim, era de competência do Ministério zelar pelo cumprimento aos ditames da Lei de combate à AIDS.

A Corte, então, confirmou a sentença de Primeira Instância e condenou o Ministério da Saúde e Ação Social da Nação a assistir, tratar e disponibilizar regularmente os medicamentos aos pacientes aidéticos.

Em atitude claramente ativista, o Judiciário argentino, ao dar ganho de causa às autoras da ação, buscou garantir o direito fundamental à saúde, respeitando os ordenamentos internacionais atinentes aos direitos humanos e confirmando a natureza de obrigação do Estado no que se refere a preservar a saúde.

Como a temática afeta ao fornecimento de medicamentos é relativamente nova, propicia discussões e polêmicas quanto ao real papel do Estado com respeito à proteção à saúde do indivíduo e da coletividade. Além disso, aspectos sociopolíticos e culturais definem o comportamento dos atores no tratamento do assunto.

Outra postura de ativismo judicial ocorreu em caso atinente à produção de vacina. Mariela Viceconte¹⁸² acionou o Poder Judiciário em ação de amparo contra o Ministério da Saúde e Ação Social, pela falta da produção de uma vacina. A autora requeria que o Estado argentino produzisse a vacina Candid 1, fundada na premissa de que houvera, por parte do governo, violação ao dever de prevenir e tratar enfermidades endêmicas e epidêmicas (art. 12.2 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC). As pessoas que corriam o risco de contrair a febre hemorrágica tinham o direito à saúde; a medida mais efetiva no caso era a produção e posteriormente a aplicação da vacina Candid 1, cuja efetividade é de 95% e cujo efeito foi avaliado pela Organização Mundial da Saúde.

A Câmara de Apelações julgou que a omissão do Estado quanto à produção da vacina consistia violação ao direito à saúde segundo os preceitos do art. 12 do PIDESC. Desse modo, ordenou ao governo argentino que cumprisse sem demora o cronograma firmado pelo próprio Ministério da Saúde para a produção e a aplicação da vacina, o que deveria ser fiscalizado pelo Defensor do Povo da Nação, em evidente postura ativista.

Esse caso elucida o papel positivo que o Judiciário vem desempenhando no controle das políticas públicas. A decisão corrobora a ideia de que compete ao Estado assumir determinadas prestações de serviço de saúde que não podem ser realizadas pelo setor privado, pois inconvenientes ou não rentáveis.

A¹⁸³ ação movida por Campodónico de Beviacqua e Ana C. contra o Ministério da Saúde e Ação Social também configura o exercício do ativismo judicial. Os pais tinham um filho que nasceu em 1996 com grave enfermidade na medula óssea, a qual reduzia sua imunidade. O tratamento dependia de um medicamento fornecido regularmente pelo Ministério da Saúde até 1998, ocasião em que informou à família que o remédio não mais seria disponibilizado para a criança. A mãe então recorreu ao Judiciário, para que o Ministério continuasse a fornecer o medicamento a seu filho. A

¹⁸² ARGENTINA. Poder Judicial de la Nación, *Causa n° 31. 777/96* “Vice conte, Mariela Cecilia c/ Estado Nacional – M° de Salud y Acción Social - s/ amparo ley 16.986”. Cám. Cont. Adm. Fed., Sala V. Buenos Aires, 2 de Junio de 1998.

¹⁸³ ARGENTINA. CSJN. In re: “*Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho*”. Sentencia del 24 de octubre de 2000. Buenos Aires, 24 de octubre de 2000. Disponível em: <<http://www.pablorsales.com.ar/files/35.doc>>. Acesso em: abr. 2017.

Corte condenou o Estado e determinou que o Ministério mantivesse o fornecimento contínuo do remédio, com fulcro em tratados internacionais e em normas nacionais, independentemente das gestões a que tivesse de proceder para obter as doses do medicamento.

A proteção ao direito à saúde também foi materializada no Processo M. 1569. XL, denominado Caso Riachuelo, cujos autores, Mendoza, Beatriz Silvia e outros, interpuseram ação contra o Estado Nacional, a província de Buenos Aires, o Governo da cidade autônoma de Buenos Aires e 44 empresas que ali possuíam sede, sob a justificativa de que sofreram danos à saúde provenientes da contaminação ambiental do Rio Matanza. A Corte argentina, em 8 de julho de 2008, julgou a matéria. O Tribunal Constitucional, em postura ativista, determinou à província de Buenos Aires, assim como à cidade autônoma de Buenos Aires e ao Estado Nacional que elaborassem um projeto integrado o qual envolvesse o estudo do impacto ambiental das atividades das empresas arroladas no Processo, o ordenamento ambiental da região em questão, o controle das atividades antrópicas e programas de informação e educação ambiental¹⁸⁴.

O problema enfrentado pela Comunidad Paynemil, tribo indígena, aponta igualmente o comportamento ativista do Tribunal Constitucional argentino. A Defensora Oficial de Menores de Neuquén, província da Patagônia argentina, interpôs ação de amparo aspirando resguardar a saúde e a vida das crianças e dos adolescentes da tribo indígena Mapuche Paynemil, por conta do consumo de água contaminada por chumbo e mercúrio. O pedido incluía o tratamento aos menores contaminados, assim como a concretização de medidas que evitassem a contaminação do solo e da água potável. O acórdão definido pela Sala II da Câmara de Apelações no Civil de Neuquén ratificou a decisão de primeira instância e condenou o Governo estadual a prover água potável aos afetados em até 45 dias; a providenciar para cada membro da comunidade 250 litros de água potável; a implementar em até 7 dias as medidas indispensáveis para definir as possíveis sequelas oriundas da contaminação por metais pesados e, em caso afirmativo, a prover imediatamente o

¹⁸⁴ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Proceso M. 1569. XL*. Originario Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza. Riachuelo. 2008. Disponível em: <http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/arquivos/caso_riachuelo.pdf>. Acesso em: abr. 2017.

tratamento e a cura; a realizar as ações essenciais à preservação do meio ambiente¹⁸⁵.

Esses casos demonstram que a atitude do Judiciário argentino, ao se imiscuir em atribuições dos outros Poderes, afigura-se como a face positiva do ativismo judicial. As decisões favoráveis aos autores preservam os direitos fundamentais do cidadão e os preceitos constitucionais relacionados à saúde.

Os indivíduos e a população nacional, antes impotentes diante de decisões incorretas, políticas públicas equivocadas e leis inadequadas, passam a ter mais acesso ao Judiciário, provocando-o, para que se manifeste sempre que houver omissão, equívoco ou inércia do Executivo ou do Legislativo.

O magistrado, ao assumir postura ativista, reconhece, promove e assegura os direitos fundamentais. Em tal contexto, o Tribunal age politicamente e recorre ao texto constitucional e à legislação, interpretando-os, porém, mais livremente, buscando ocupar lacunas e falhas legislativas. Nesse sentido, o Judiciário se tornou o protetor dos direitos sociais, porquanto protagoniza o julgamento e a decisão acerca de questões sociais, notadamente as referentes ao direito à saúde. As mudanças ocorridas na Constituição do país permitiram aos cidadãos lutar efetivamente por seus direitos, por intermédio do Poder Judiciário, expandindo o exercício da cidadania.

3.3 Brasil

O século XX experimentou uma das principais transformações no que toca ao pensamento jurídico clássico, antes sedimentado no século anterior. No Brasil, as mudanças só começaram a ser sentidas no final do século, principalmente depois da redemocratização do país. Passou-se a conviver com novos rumos, tanto na jurisprudência dos tribunais, notadamente do Supremo, como na academia. Três dessas modificações contribuíram para alterar a prática do Direito e o pensamento jurídico da contemporaneidade. A primeira delas concerne à superação do formalismo jurídico próprio da fase clássica: na maioria dos casos em exame na esfera jurídica, a resolução das lides não se encontra totalmente construída no arcabouço legal; o intérprete terá de edificá-la fundado em argumentos; além disso, o Direito, antes

¹⁸⁵ ABRAMOVICH, V.; COURTIS. *Direitos sociais são exigíveis*. Dom Quixote: Porto Alegre, 2011.

compreendido como expressão de justiça inerente, passa a ser utilizado, considerando vontades preponderantes em dado lugar e época.

Outra alteração alude à construção de cultura jurídica pós-positivista – uma vez que nem sempre a solução para as questões que adentram o Judiciário está plenamente presente no ordenamento jurídico brasileiro; a conduta adequada consiste em procurá-la em outro normativo ou outro texto, incluídos nestes outras áreas do conhecimento, como a Filosofia, a Moral, a Filosofia Política, com a finalidade de encontrar outros valores, outros conceitos de justiça, realização das metas públicas, legitimidade democrática¹⁸⁶. Pode-se inferir então que a teoria pós-positivista recebe influência da legitimação democrática, da doutrina jurídica e da razão aplicada à prática, agora revalorizada.

A terceira transformação reporta-se à centralidade da Constituição e à elevação do Direito Público; durante o século XX, ocorreu a multiplicação das regras afetas à esfera pública, bem como a constante publicização do Direito em diversos campos, em cumprimento à função social do Estado e do Judiciário. Áreas antes pouco exploradas, como a proteção ao lado mais fraco dos relacionamentos jurídicos, como o consumidor, o empregado, o locatário, a família, passaram a ser priorizadas nas questões julgadas pelos Tribunais. Com tais mudanças, a Constituição se tornou ponto central, em que deve se fundar qualquer interpretação jurídica, ou constitucional; é inferida diretamente, quando a solicitação se apoia no texto constitucional (direito à privacidade, por exemplo); indiretamente, sempre que é utilizado o direito ordinário do ponto de vista de sua conformidade com a Constituição, assim como o devem ser as normas infraconstitucionais¹⁸⁷.

No Brasil, a fim de acompanhar a evolução dos ditames na área jurídica quanto ao cenário global sobre o ativismo judicial, os agentes do Judiciário não poderiam se recusar a atuar fora de sua atribuição, sob a justificativa de que desrespeitariam significativamente os dogmas da Teoria da Separação de Poderes, bem como feririam

¹⁸⁶ BARROSO, L. R. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. Vol. 5, número especial, 2015. Brasília: UniCEUB, 2015, p.30. Disponível em: <<http://www.rbpp.uniceub.br>>. Acesso em: jul. 2017.

¹⁸⁷ BARROSO, L. R. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. Vol. 5, número especial, 2015. Brasília: UniCEUB, 2015, p.30. Disponível em: <<http://www.rbpp.uniceub.br>>. Acesso em: jul. 2017.

o sistema de freios e contrapesos. A postura contrária, caso adotada pelas Cortes brasileiras, revelaria o anacronismo relativamente à nova atuação do Judiciário. Não se podem visualizar as atitudes ativistas como se fossem “governo dos juízes”, dado que até hoje esse Poder se mantém na condição de mais neutro, assim como os juízes julgados como os “menos perigosos” da categoria dos agentes públicos, pois não estariam infensos à população brasileira¹⁸⁸.

Nessa ótica, o recurso ao ativismo não constitui extrapolação da conduta de magistrados; pode-se assegurar que, pelo contrário, equivale ao essencial, necessário, comportamento destes, com o intuito de edificar o Direito com a contribuição do legislador, auxiliando-o na tarefa de elaborar leis, normas, as quais traduzem os anseios, as carências de indivíduos que vivem em um mundo cada vez mais complexo e acelerado, que não se satisfazem mais com regras anacrônicas, ultrapassadas.

No país, contribuem para a adoção do ativismo judicial o fato de existirem tamanhas e tão distintas e multidimensionais desigualdades, que o juiz se vê compelido a recorrer a esse instituto, a fim de preservar os direitos tanto individuais como coletivos. As desigualdades persistem e são diversas, ainda que a Constituição busque extingui-las: desigualdades sociais (individuais e grupais); desigualdades econômicas (pobreza e miserabilidade); desigualdades educacionais ou instrucionais (educação formal, instrução fundamental ou geral); desigualdades técnico-jurídicas (défice técnico)¹⁸⁹.

Desse modo, quando se comparam textos legais com outros de distinta significação, é possível afirmar que, ao interpretar leis, normas, jurisprudências, o intérprete não pode se furtar a ser um tanto subjetivo, “dobrar a lei”, ainda que a intenção seja conservar-se fiel a elas. Inexistem textos legais, assim como os de outra

¹⁸⁸ COELHO, I. M. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB*. Vol. 5, número especial, 2015. Brasília: UniCEUB, 2015, p.18. Disponível em: <<http://www.rbpp.uniceub.br>>. Acesso em: jul. 2017.

¹⁸⁹ GUEDES, Jefferson Carús. Direito processual de grupos sociais atual: entre o ativismo judicial e o garantismo processual. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6, p. 125-139, 2016.

natureza, que não possibilitem diversas variáveis e sutilezas que facilitem a postura criativa no momento de interpretá-los¹⁹⁰.

Caso se desconsidere a mediação dos operadores jurídicos, os casos a serem analisados e as regras não serão eficazes, eficientes, a legislação não consegue transmitir ideias com clareza, o sentido dela não se explicita; em consequência, o Direito se afasta de sua missão de organizador das relações sociais¹⁹¹.

Diante de tal realidade, o Poder Judiciário do Brasil tem exibido, na atualidade, em determinadas questões, postura evidentemente ativista. De fato, pode-se notar que, na maioria das decisões consideradas ativistas, o que se perseguiu foi concretizar os direitos fundamentais abonados pela Carta Magna nacional. Ademais, o vigor normativo da Constituição.

No país, atualmente, o ativismo judicial tem se manifestado em diversas ocasiões, com decisões cujo objetivo é garantir a concretização das garantias naturais elencadas na CF/1988 e afastar possíveis atos dos outros Poderes que firam de algum modo os preceitos constitucionais. A Lei Maior do país intenta, sendo a expressão do “dever ser”, incutir as noções de ordem e delineamento da realidade sociopolítica nacional. A força normativa do texto constitucional acaba por viabilizar e legitimar posturas ativistas¹⁹².

A promulgação da Constituição de 1988, denominada por muitos como cidadã, inaugura nova fase da atuação do Judiciário. O texto amplia as competências desse Poder, visto que determina que leis e atos normativos devem necessariamente estar em plena conformidade com as regras constitucionais; para isso, precisam sujeitar-se a instrumentos de controle, os quais comprovarão a validade e a constitucionalidade das posturas oriundas dos outros Poderes. Com isso, foi criado o mecanismo de

¹⁹⁰ CAPPELLETTI, M. Juízes legisladores? Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993 p. 22 apud COELHO, I. M. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB*. Vol. 5, número especial, 2015. Brasília: UniCEUB, 2015, p.19. Disponível em: <<http://www.rbpp.uniceub.br>>. Acesso em: jul. 2017.

¹⁹¹ LARENZ, K. Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Gulbenkian, 1978, p. 396 apud COELHO, I. M. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB*. Vol. 5, número especial, 2015. Brasília: UniCEUB, 2015, p.19. Disponível em: <<http://www.rbpp.uniceub.br>>. Acesso em: jul. 2017.

¹⁹² HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 15.

controle da constitucionalidade, mediante o qual é factível examinar se existe compatibilidade entre as leis e os dispositivos da Carta Magna.

Assim, a Carta Magna brasileira expandiu expressivamente as funções do Judiciário, por conta precipuamente da abrangência constitucional, que lida com temas legais, e da redemocratização do país, a qual outorgou mais poder a esse órgão. O propósito do constituinte foi propiciar a eficácia dos direitos fundamentais e, se necessária, a judicialização destes¹⁹³.

Desse modo, o ativismo judicial se fortaleceu a partir do controle constitucional judiciário, com repercussão tanto no Direito Público, quando determina requisitos e validade para atos do Poder Público, como no Privado, ao restringir a liberdade de autodeterminação dos particulares.

Em tal conjuntura, toda matéria relevante de cunho político ou moral pode ser examinada pelo STF, mediante ações diretas. Algumas decisões do Supremo atinentes ao controle de constitucionalidade abstrato (art. 102, §2º) e aos outros tipos de ação causam consequências para a coletividade, definindo o efeito vinculante por meio da aprovação de Súmulas Vinculantes. Tal efeito se estende, em alguns casos, à Administração Direta e à Indireta, em todos os níveis, como também às instituições do Judiciário.

Além disso, a definição de políticas públicas efetivas e a desarmonia entre a sua concretização e as aspirações da coletividade favorecem a conveniência de haver uma questão social exigida pela Constituição. Antes tal fato sucedia mais com relação ao controle de constitucionalidade; atualmente, entretanto, concentra-se na atuação do controle concentrado de constitucionalidade¹⁹⁴.

No Brasil, a prática do ativismo transpassa todas as áreas do Direito. Quanto ao que concerne à garantia do direito à saúde, são várias as situações de ativismo judicial ocorridas no Judiciário nacional, as quais se situam desde decisões de

¹⁹³ SILVA, M. A. da. A Efetividade da Atuação do Poder Legislativo Face ao Ativismo Judicial no Contexto Brasileiro. *Jurídico Certo*, 1º de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/manoelasilva/artigos/a-efetividade-da-atuacao-do-poder-legislativo-face-ao-ativismo-judicial-no-contexto-brasileiro-2026>>. Acesso em: dez. 2016.

¹⁹⁴ SILVA, M. A. da. A Efetividade da Atuação do Poder Legislativo Face ao Ativismo Judicial no Contexto Brasileiro. *Jurídico Certo*, 1º de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/manoelasilva/artigos/a-efetividade-da-atuacao-do-poder-legislativo-face-ao-ativismo-judicial-no-contexto-brasileiro-2026>>. Acesso em: dez. 2016.

primeiro grau, até acórdãos proferidos por Tribunais Superiores tais qual Tribunal Superior do Trabalho (TST), Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Essa prerrogativa está inserida nos arts. 6º e 196 da Carta de 1988. É julgado como direito essencial, necessário à manutenção da dignidade do homem, do cidadão¹⁹⁵. Ibrahim¹⁹⁶ explica que a Constituição regula sobre a proteção à saúde no título “Ordem Social”, considerando-a como rede a qual intenta promover políticas para atender os mais carentes, os trabalhadores e os dependentes, garantindo-lhes qualidade digna de vida. O Ministério da Saúde, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, responde pela efetivação e pelo controle da materialização de atividades na área da saúde.

Em razão disso, compete ao Estado assegurá-lo e concretizá-lo, mediante o estabelecimento de políticas públicas e medidas socioeconômicas. Ademais, a CF/88, no art. 200, I, determina que cabe aos agentes públicos, na concretização do direito à saúde, participar na fabricação de remédios, equipamentos, hemoderivados e outros insumos, verificar processos, fabricação de medicamentos e substâncias de interesse para a saúde dos cidadãos.

No entanto, constata-se que a saúde pública padece, atualmente, de diversas enfermidades: conquanto assegurado aos brasileiros, o tratamento da doença, a prevenção dela e o fornecimento de medicamentos aos enfermos não condizem com a prestação adequada do serviço ao cidadão pelo Estado. Ainda que seja atribuição do Poder Público, em diversas ocasiões este falha ou negligencia esse dever.

Por isso, a quantidade de lides judiciais relacionadas ao direito à saúde tem aumentado significativamente, requerendo fornecimento de remédios, realização de cirurgias e exames mais complexos, inclusão de novas técnicas. Em tais casos, o Supremo vem se posicionando favoravelmente, na maioria das demandas, ao

¹⁹⁵ SILVA, M. A. da. A Efetividade da Atuação do Poder Legislativo Face ao Ativismo Judicial no Contexto Brasileiro. *Jurídico Certo*, 1º de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/manoelasilva/artigos/a-efetividade-da-atuacao-do-poder-legislativo-face-ao-ativismo-judicial-no-contexto-brasileiro-2026>>. Acesso em: dez. 2016.

¹⁹⁶ IBRAHIM, F. Z. *Curso de direito previdenciário*. 16 ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 54.

atendimento às solicitações dos autores das ações, embora se preocupe com os recursos orçamentários necessários ao cumprimento das sentenças, a fim de não prejudicar outros atos governamentais. De todo modo, a expansão das posturas ativistas no que respeita à guarita ao direito à saúde vem ocasionando expressiva ampliação dos gastos governamentais, uma vez que o Poder Público tem sido compelido a fornecer gratuitamente medicamentos ou custear tratamentos médico-cirúrgicos.

Expressivo exemplo desse fato ocorreu no julgamento concernente ao aborto de fetos anencéfalos (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 54). A Corte reconheceu o direito ao aborto nessa circunstância, ainda que tenha ressalvado que a decisão de interromper ou não a gravidez competia à gestante e não ao Estado. Alegou que a dignidade humana e o direito à saúde eram princípios a serem assegurados, que não podiam ser garantidos, já que era impossível viver fora do corpo da mãe¹⁹⁷.

O Supremo também sentenciou contra o Poder Público no Recurso Extraordinário N. 195.192, ao obrigar o Ministério da Saúde a adquirir e fornecer continuamente medicamentos a uma criança nascida com rara doença que necessitava do remédio para sobreviver e ter alguma qualidade de vida¹⁹⁸. O argumento da Corte foi que dificuldades orçamentárias não podiam impedir o Estado de cumprir o que estava prescrito constitucionalmente.

As constantes inação e passividade governamentais no sentido de solucionar questões concernentes à garantia universal do direito à manutenção da saúde, por meio da concretização de medidas governamentais, têm provocado o aumento das demandas que chegam ao STF, solicitando determinada prerrogativa. E este órgão não tem se furtado a decidir as lides, optando pela adoção de atitudes ativistas, com a intenção de afiançar a realização dos direitos fundamentais.

¹⁹⁷ PRADO FILHO, A. V. O Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho e a Terceirização. *Evocati Revista*, nº 101, 1º/5/2014. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=607>. Acesso em: jan. 2017.

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 195.192/RS*. Relator: Marco Aurélio – Segunda Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 31 de mar. 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=234359>>. Acesso em: abr. 2017.

Desde 2000, quando várias ações relativas à preservação do direito à saúde chegaram ao STF, o órgão vem se posicionando favoravelmente aos autores, em referência ao direito à saúde e à vida, como no RE 264.269/RS, no RE 267.612/RS, no RE 236.200/RS, todos concernentes ao fornecimento de medicamentos a cidadãos enfermos¹⁹⁹. A Suprema Corte, no Recurso Extraordinário N. 271.286/RS, admitiu como adequada a obrigação do município de Porto Alegre de prover, sem custos aos doentes, medicamentos para portadores hipossuficientes do vírus HIV, desconsiderando possíveis circunstâncias orçamentárias e financeiras dos entes públicos²⁰⁰.

Outro tema que tem sido conduzido ao Supremo se refere ao fornecimento regular de fármacos aos indivíduos contaminados pelo vírus HIV. Além da prescrição inserta no texto constitucional referente ao direito à saúde, a Lei N. 9.313²⁰¹, no art. 1º, promulgada em 1996, prescreve como obrigação do Estado fornecer medicamentos às pessoas soropositivas: “Artigo 1º Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento”. Com base na legislação, ao julgar as ações concernentes a tal tema, a Corte tem decidido favoravelmente aos enfermos, justificando que ambos os direitos prevalecem sobre possíveis questões financeiras e orçamentárias vivenciadas e alegadas pelos agentes públicos, para não cumprir tal determinação legal.

A Lei, inclusive, não considera a situação socioeconômica dos portadores do vírus como requisito para receber gratuitamente do governo os remédios. Assim, não é necessário que o enfermo demonstre incapacidade financeira de arcar com as despesas dos medicamentos, para ser atendido pelo SUS²⁰². Os tribunais têm

¹⁹⁹ SOUZA, M. de L. de. et al. (orgs.). *A saúde na fronteira seca Brasil-Argentina*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 271286/RS*. Relator: Celso de Mello – Segunda Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 12 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/779142/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-271286-rs>>. Acesso em: maio 2017.

²⁰¹ SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista da Defensoria Pública*. Ano 1, n. 1, jul./dez., 2008.

²⁰² SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista da Defensoria Pública*. Ano 1, n. 1, jul./dez., 2008.

determinado ainda que seja prestado pelos entes federados qualquer tipo de assistência médico-hospitalar a esse universo de pessoas.

Com relação à temática, o Supremo determinou ao SUS fornecer medicamentos que não constavam da lista deste, mas são elencados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, porquanto comprovado que os remédios oferecidos pelo Sistema Único de Saúde não se adequavam à patologia dos doentes, eram ineficazes. Tal decisão foi consubstanciada nos seguintes processos: na Suspensão de Tutela Antecipada N. 162/RN²⁰³; na Suspensão de Liminar n. 166/RJ²⁰⁴; na Suspensão de Segurança N. 3.382/RN²⁰⁵.

O Supremo²⁰⁶ também aplicou a postura ativista no STA 175-AgR/CE, no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE46. A matéria concernia ao pedido de um portador da síndrome de Niemann-Pick Tipo C, rara enfermidade, que dependia do fármaco Zavesca, com custo mensal de R\$52.000,00, sem inscrição na Agência de Vigilância Sanitária - ANVISA. O autor requeria que o Tribunal determinasse ao órgão competente fornecer o medicamento, cujo custo mensal era previsto em quase R\$ 52 mil.

O Plenário do STF²⁰⁷, ao julgar o Agravo, ratificou unanimemente o posicionamento do Tribunal Regional de antecipar a tutela e acatou o Voto do Relator. O Ministro Relator, no Voto, apresentou as seguintes justificativas para seu entendimento: não existia motivação adequada do SUS para não fornecer o fármaco; não havia política pública que englobasse a prestação de serviço solicitada, provavelmente por causa de determinação administrativa de fornecê-la; havia lacuna

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada N. 162/RN*. Relator: Ellen Gracie. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 19 de out. de 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139034/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-162-rn-stf>>. Acesso em: maio 2017.

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Liminar N. 166/RJ*. Relator: Ellen Gracie. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 14 de jun. de 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139517/suspensao-de-liminar-sl-166-rj-stf>>. Acesso em: maio 2017.

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Segurança N. 3.382/RN*. Relator: Ellen Gracie. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 22 de nov. de 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19138957/suspensao-de-seguranca-ss-3382-rn-stf>>. Acesso em: maio 2017.

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF, STA 175-AgR/CE, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17/03/2010, DJe, 29/4/2010.

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF, STA 175-AgR/CE, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17/03/2010, DJe, 29/4/2010.

legislativa ou administrativa. Com fulcro no direito fundamental à saúde e nas provas apresentadas no Processo, o Supremo deduziu que o medicamento possuía eficácia demonstrada e que seu fornecimento não provocava dano à economia e à ordem públicas. Em tal circunstância, o requerente tinha direito subjetivo a conseguir o fornecimento do remédio.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ tem igualmente adotado postura ativista, ao julgar ações relacionadas ao direito à saúde. No Recurso Especial N. 83.800/RS, a 1ª Turma decidiu majoritariamente pelo dever do Estado de fornecer medicamentos para a fenilcetonúria. Já no Agravo N. 253.938/RS, a mesma Turma declarou unanimemente que os aidéticos tinham o direito constitucional de receber gratuitamente os medicamentos para tratar a AIDS, sobretudo aqueles inclusos nas relações aprovadas pelo Ministério da Saúde²⁰⁸.

Com essas sentenças, o Judiciário tem estendido a União, estados e municípios a obrigação de ofertar o tratamento necessário a cidadãos que sofram de alguma patologia, dando ordem em mandados de segurança.

Outra²⁰⁹ decisão do STJ, exarada no Mandado de Segurança N. 8895/DF39, afigurou-se em princípio como ativismo judicial. O autor da ação requeria que o SUS financiasse em Cuba o tratamento da retinose pigmentar, incomum moléstia oftalmológica. Consoante o reclamante, o tratamento eficiente da enfermidade era viável apenas nesse país. O SUS, para justificar a negativa do tratamento em Cuba, alegou que as normas constitucionais acerca do papel do Sistema delimitavam a prestação do serviço ao território brasileiro, nem havia certeza da eficácia do tratamento no exterior corroborada pelo Conselho Brasileiro de Oftalmologia e pelo órgão governamental.

O Tribunal Superior indeferiu o pedido, consoante o relatório do Ministro Relator, sob o argumento de que a cura ou a eficácia do tratamento não estavam asseguradas. A decisão, no entanto, não foi unânime: dois Ministros acataram o

²⁰⁸ GOUVÊA, M. M. O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos. *Revista Forense*, vol. 370. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 103-134.

²⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *MS 8895/DF*, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 22/10/2003, DJ 7/6/2004, p. 151.

pedido, firmados no entendimento de que a consecução da garantia à manutenção da saúde assegurava a dignidade humana e a subsistência com qualidade²¹⁰.

Pode-se aduzir então que nem sempre o Supremo adota postura ativista, fundado em razões lógicas, técnicas, e principalmente na “reserva do possível”. A expressão remete à ideia de que a garantia de exercício de um direito fundamental está correlacionada ao conceito de razoabilidade. Ou seja, os magistrados só podem decidir favoravelmente aos autores da ação, se sua concretização estiver limitada aos recursos orçamentários do Estado, se for financeiramente viável. Então, têm sido proferidas sentenças, em razão da reserva do possível, denegando algum direito à saúde.

Sobre o tema, o Ministro Celso de Mello²¹¹ assim afirma:

A realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Nas Cortes brasileiras, decisões emanadas de diversos tribunais têm considerado a “reserva do possível” nas ações que envolvem questões atinentes ao direito à saúde. A Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação e Reexame Necessário Nº 70023896202²¹², decidiu não obrigar o Estado a fornecer regularmente medicamentos a um adolescente, baseada na reserva do possível. Os magistrados alegaram que o pedido, se concedido, poderia prejudicar e até inviabilizar o sistema de saúde do Estado.

A justificativa da decisão fere frontalmente o preceito constitucional referente ao direito à saúde. O mecanismo da reserva do possível restringe a eficácia dos direitos essenciais, violando a norma que determina ser do Estado a obrigação, o

²¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *MS 8895/DF*, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 22/10/2003, DJ 7/6/2004, p. 151.

²¹¹ MELLO, Celso de. *Defende ativismo judicial do STF*. Direito do Estado. 24/04/2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/noticias/5909/Ministro-Celso-de-Mello-defende-ativismo-judicial-do-STF>>. Acesso em: maio 2017.

²¹² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação e Reexame Necessário Nº 70023896202, Sétima Câmara Cível. Relator: Ricardo Raupp Ruschel. Julgado em 25/6/2008. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php.8>. Acesso em: maio 2017.

dever de afiançar e concretizar a preservação da saúde dos cidadãos. Ao recorrer à reserva do possível, os tribunais estão eximindo os entes estatais de cumprirem as atribuições definidas constitucionalmente com referência ao estabelecimento dos direitos fundamentais. Tal postura inibe a efetividade do direito à saúde e pode inclusive causar sequelas inexoráveis nos enfermos e até o óbito, o que se contrapõe totalmente aos ditames da Constituição. A reserva do possível, entretanto, não vem sendo utilizada com frequência pelas Cortes brasileiras, que têm preferido respeitar e fazer valer as normas constitucionais e infraconstitucionais com relação à proteção aos direitos fundamentais.

Embora haja algumas sentenças desfavoráveis à proteção ao direito à saúde, constata-se que tanto o STF quanto outras instâncias judiciais têm tornado suas decisões mais politizadas, recorrendo a sentenças que delineiam práticas ativistas. Em diversos julgamentos, os debates se apoiam em princípios morais, senso de justiça, dentre outros, o que possibilita que a Constituição seja interpretada mais livremente. Destaca-se que as regras emanadas dos julgamentos da Corte Constitucional foram colhidas da Constituição, pois estavam nela implícitas, subjacentes. Em outras circunstâncias, o Supremo se restringe a cientificar o Legislativo e prescrever a regulamentação de direito objeto de mandado de injunção.

O ativismo judicial ganha legitimidade a partir do momento em que a influência do Judiciário no reconhecimento da legalidade do sistema político está atrelada à capacidade de argumentação dos magistrados, das normas processuais aplicadas pela justiça, bem como à constatação de que os cidadãos se inteiram das decisões e compreendem que têm o intuito de garantir os direitos fundamentais inscritos na Constituição e proporcionar o bem comum e a paz social.

Há diversas decisões da Justiça brasileira que podem ser julgadas como manifestação do ativismo judicial. Revelam a atuação ativista do Judiciário diante principalmente da inoperância e da apatia do Legislativo e do Executivo. A tutela das garantias constitucionais legitima a postura ativista do magistrado e a propaga em diferentes Estados democráticos, tornando o ativismo prática habitual. As sentenças emanadas dos diferentes órgãos do Poder Judiciário se baseiam principalmente no

papel desse Poder de garantir o cumprimento aos preceitos constitucionais, quando constatada violação a eles ou omissão dos outros Poderes na prestação de serviços constitucionalmente regulamentados.

O ativismo no Brasil não almeja conter excessos cometidos pelo Executivo e pelo Legislativo. Objetiva compensar a inércia desses Poderes, responsáveis por efetivar certos direitos regulados na Constituição ou responder a demandas da sociedade. Posto que essa seja função atípica do Judiciário, cuja atribuição principal é salvaguardar a materialização dos ditames constitucionais, deve-se admitir que os órgãos jurídicos podem influir nos atos governamentais, quando expressam postura ativista em seus julgados.

Desse modo, é fundamental que o façam com responsabilidade, buscando o equilíbrio entre o imobilismo dos outros Poderes e a prestação jurisdicional e a celebração de acordos e parcerias com os administradores públicos e os legisladores, com a intenção de atuarem em grupo, para suprir as carências da população e, ao mesmo tempo, cumprir os desígnios da Constituição.

3.4 Espanha

A Espanha conta com um sistema judicial pouco semelhante ao do Brasil. A Justiça é una, mas distribuída em órgãos das províncias e do Estado. A Constituição espanhola, no art. 117, determina que os juízes e os magistrados são independentes, responsáveis e estão sujeitos apenas à legislação²¹³.

O Judiciário é dividido no Supremo, nos Tribunais Superiores de Justiça, na Audiência Nacional (magistrados) e nos Tribunais de Província (Primeira Instância, juízes). Os membros entram por meio de concurso e de posterior participação no curso da Escola Judicial. Nos municípios em que não há Juizado de Instrução, atuam os Juizados de Paz, cujos juízes são leigos, não pertencem à carreira jurídica. Por isso, julgam casos de menos relevância, como os relacionados ao Registro Civil²¹⁴.

²¹³ FREITAS, V. P. de. Como se desenvolve o Judiciário espanhol. *Revista Consultor Jurídico*, 9 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-09/segunda-leitura-desenvolve-sistema-justica-espanha>>. Acesso em: maio 2017.

²¹⁴ FREITAS, V. P. de. Como se desenvolve o Judiciário espanhol. *Revista Consultor Jurídico*, 9 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-09/segunda-leitura-desenvolve-sistema-justica-espanha>>. Acesso em: maio 2017.

Depois vêm os Juizados de Instrução ou Primeira Instância. Julgam questões civis, penais e administrativas. As sentenças emanadas desses Tribunais são avaliadas, se houver recurso, pelas Audiências Provinciais, órgãos colegiados, similares aos Tribunais de Segunda Instância do Brasil. Em seguida, encontram-se os Tribunais Superiores de Justiça (17), cujo presidente é eleito pelo Conselho-Geral do Poder Judiciário²¹⁵.

A Audiência Nacional, relevante Tribunal, possui jurisdição sobre toda a nação. Julga delitos de mais relevância, como tráfico de drogas, crimes econômicos e terrorismo, bem como examina recursos. O principal órgão do Judiciário do país é o Tribunal Supremo, cujas atribuições são julgar ações de responsabilidade civil contra as principais autoridades do Estado (incluindo magistrados e Presidente do Congresso), reexaminar recursos na área civil²¹⁶.

Além desses órgãos, existe ainda o Tribunal Constitucional - TC, que não integra o Poder Judiciário, porém desempenha funções relevantes. Esse Tribunal, cujos membros são indicados pelo Executivo, pelo Congresso e pelo Conselho-Geral do Judiciário, detém competência, mediante a interpretação das normas e dos princípios constitucionais, para analisar e discutir a constitucionalidade das leis, examinar desentendimentos entre o Estado e as Comunidades Autônomas, julgar apelações, verificar e julgar a adequação à Constituição de tratados e convenções, defender os direitos fundamentais²¹⁷.

Assim, constata-se que compete ao TC verificar se os preceitos constitucionais são realmente respeitados e cumpridos. Ele representa o Juiz Supremo em questões que envolvem violação ou ameaça aos direitos fundamentais. O Recurso de Amparo Constitucional – RAC constitui o instrumento processual jurisdicional criado para tal proteção. Portanto, o exame de constitucionalidade na Espanha é concentrado, pois é exercido por apenas um órgão, criado para executar essa atribuição.

²¹⁵ FREITAS, V. P. de. Como se desenvolve o Judiciário espanhol. *Revista Consultor Jurídico*, 9 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-09/segunda-leitura-desenvolve-sistema-justica-espanha>>. Acesso em: maio 2017.

²¹⁶ FREITAS, V. P. de. Como se desenvolve o Judiciário espanhol. *Revista Consultor Jurídico*, 9 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-09/segunda-leitura-desenvolve-sistema-justica-espanha>>. Acesso em: maio 2017.

²¹⁷ FREITAS, V. P. de. Como se desenvolve o Judiciário espanhol. *Revista Consultor Jurídico*, 9 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-09/segunda-leitura-desenvolve-sistema-justica-espanha>>. Acesso em: maio 2017.

Com referência ao ativismo judicial, o Tribunal Constitucional, como protetor dos ditames previstos na Carta Maior, desempenha ativo papel na vida política do Estado. A postura ativista, no entanto, restringe-se a situações em que houve omissão ou apatia do Parlamento, do Judiciário ou do Executivo.

O ativismo judicial²¹⁸ na Espanha representa o estabelecimento de métodos e moldes de provimento os quais facultam a efetivação de tarefas diferentes das da simples aprovação da validade ou não dos assuntos expostos a controle. Quando da ocasional diminuição da consistência das regras constitucionais, o trabalho de interpretação deparará com mais liberdade de ação. Justamente tais espaços promoveram no país a evolução das decisões interpretativas, os meios de realizar o ativismo judicial.

A atuação ativista pela Corte Constitucional advém, precipuamente, da inércia do Parlamento espanhol: a manifestação de posturas delituosas nas outras esferas institucionais [Legislativo e Executivo] de que é possível deduzir o notável malogro das ferramentas de prevenção de desvios de atuação das organizações de poder formais²¹⁹.

O Tribunal Constitucional do país sentiu crescer sua relevância, marcadamente em razão do “recurso de amparo”, o qual causa expressiva quantidade de jurisprudências. Por tal instrumento, todo indivíduo pode solicitar diretamente manifestação do Tribunal Constitucional Espanhol, caso entenda que um dos direitos fundamentais do cidadão foi violado, em afronta aos princípios da Constituição espanhola de 1978. O recurso de amparo configura instrumento ao qual se recorre, quando houver omissão ou ação do Executivo, do Legislativo e do Judiciário na atividade de prestar serviços ou garantir a efetivação dos direitos fundamentais. O TC, além disso, afeta as relações entre as Comunidades Autônomas e o Governo central, locais tradicionalmente defensores de prerrogativas²²⁰.

²¹⁸ VALLE, V. R. L. do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Juruá, 2009, p. 31.

²¹⁹ VALLE, V. R. L. do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Juruá, 2009, p. 31.

²²⁰ NUNES JÚNIOR, A. T. *Ativismo judicial no Brasil: o caso da fidelidade partidária*. Arquivos do TRE/RS, ano 51, n. 201, jan./mar. 2014.

Quanto à conduta ativista do Tribunal, um dos casos ocorreu em março de 2011, no Recurso de Amparo N. 3574-2008²²¹, interposto por José María García-Bayonas contra a Agrupación Mutual Aseguradora. O autor alegou ter perdido totalmente os movimentos da mão direita em decorrência de cateterismo cardíaco realizado, sem que ele tivesse autorizado ou sido informado dos possíveis riscos do procedimento. Pediu então indenização da Seguradora em nome do direito à integridade física e da liberdade individual, direitos fundamentais referentes à saúde.

A Seguradora estatal recusou-se a pagar, argumentando que os médicos agiram conforme a necessidade do paciente, a circunstância apresentada e as normas aplicáveis. O Tribunal, após examinar o caso, decidiu favoravelmente ao peticionário da ação, baseado nos arts. 15 e 24.1 da Constituição espanhola, a fim de preservar o direito fundamental à saúde (integridade física).

Outra situação que demonstra o ativismo judicial efetivado pela Suprema Corte espanhola diz respeito a uma medida do Legislativo²²², que incluiu no Código Penal da nação o art. 417, que regulava os casos em que o aborto não seria considerado como ofensa, delito. A Apelação pela Inconstitucionalidade N. 800/1983, assinada por 54 deputados do Parlamento espanhol, questionava a constitucionalidade do art., sob o argumento de que havia já várias leis que condenavam qualquer prática abortiva, mesmo se assistida por um médico.

O Tribunal Constitucional²²³, depois de analisar a matéria e examinar as alegações das partes, julgou inconstitucional a inclusão do art. 417, o qual reformava o Código Penal acerca do aborto, apoiado no art. 15 da Carta Magna, que estabelece que todos têm direito à vida, como direito fundamental e inquestionável. Essa postura demonstra a ingerência do Judiciário na atribuição de legislar do Legislativo, configurando comportamento ativista, já que declarou inconstitucional a reforma do Código Penal implementada pelos legisladores a respeito do aborto.

²²¹ ESPANHA. Tribunal Constitucional. *Recurso de Amparo N. 3574-2008*. Março de 2011. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.es/ResolucionesTraducidas/53-1985,%20of%20April%2011.pdf>>. Acesso em: maio 2017.

²²² ESPANHA. Tribunal Constitucional. *Constitutional Court Judgment No. 53/1985*, of April 11. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.es/ResolucionesTraducidas/53-1985,%20of%20April%2011.pdf>>. Acesso em: maio 2017.

²²³ ESPANHA. Tribunal Constitucional. *Constitutional Court Judgment No. 53/1985*, of April 11. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.es/ResolucionesTraducidas/53-1985,%20of%20April%2011.pdf>>. Acesso em: maio 2017.

Embora este trabalho se limite a tratar do ativismo judicial em questões relativas ao direito à saúde, optou-se por citar caso emblemático de ativismo efetivado pelo Tribunal Constitucional da Espanha, uma vez que se refere ao direito à saúde dos animais. Em 2010²²⁴, o governo da Comunidade Autônoma da Catalunha editou lei proibindo as corridas de touros, justificando que era prática cruel que prejudicava a saúde e a integridade física dos animais. O TC, em postura ativista, anulou a lei editada pela Catalunha. Argumentou que a medida era de competência do Governo central e não do Legislativo da Comunidade e que o evento constituía uma das tradições culturais do povo espanhol, embora os touros fossem torturados pelas pessoas que participavam da corrida.

Deduz-se então que o recurso de amparo atua em cumprimento a duas funções essenciais: a objetiva, já que, com o pedido de amparo aos direitos, faculta-se ao Tribunal Constitucional, intérprete da Constituição, uniformizar a compreensão dos direitos fundamentais, e a subjetiva, pois assegura direitos fundamentais dos indivíduos, removendo toda violação cometida ou pretendida.

Na Espanha, porém, a prática do ativismo pelo Tribunal Constitucional gerou tensão em outros órgãos, principalmente políticos, agentes estatais, bem como sociedade. Essa situação implicou a delimitação do exercício do fenômeno²²⁵, uma vez que se temiam decisões arbitrárias e extrapolação do Poder das instituições judiciárias.

Conclui-se que, independentemente do Estado que a ele recorre, o socorro judicial para proteger e efetivar o direito à saúde configura, na maioria dos casos, medida essencial, indispensável. Dessa forma, o ativismo judicial não pode nem deve ser extinto, uma vez que promove a garantia dos direitos previstos na Constituição. Mas as decisões provindas das Cortes devem ser bem fundamentadas, apoiando-se nas regras processuais e empregando preceitos norteadores das sentenças. Desse modo, estarão legitimando os julgados e as jurisprudências, assim como a aceitação da sociedade, e influenciando nas discussões públicas sobre a matéria.

²²⁴ Tribunal Constitucional da Espanha anulou a decisão da Catalunha que proibia as touradas. *Revista Direito Ambiental*, outubro 21, 2016.

²²⁵ VALLE, V. R. L. do (org.). *Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, p. 32.

A exposição da postura das Cortes Constitucionais na conformação do Estado Democrático de Direito, mormente com relação ao ativismo, demonstra que o Poder Judiciário seria julgado favoravelmente por todos, caso a atitude dos juízes não envolvesse, em certa medida, juízos de valor subjetivos, com apoio na ponderação de valores, não ferisse a estabilidade do sistema político e não implicasse comportamentos exacerbados, o que arriscaria as bases da democracia constitucional: a garantia dos direitos fundamentais. Em razão disso, criou-se a autocontenção judicial, por meio da qual o Judiciário tem o poder decisório restringido, subordinado em alguns casos à conjuntura econômica e financeira do Estado, o que pode impedi-lo de concretizar certa política pública, e em outras a necessidade de manter a harmonia entre os Poderes e evitar interferir arbitrariamente na função típica do outro.

Destaca-se, entretanto, que, nos países citados, o Judiciário, na maioria dos casos, julgou no intuito de manter a concretização dos direitos fundamentais, tampouco se esquivou de suprir lacunas produzidas pela omissão de outro Poder, configurando a prática do ativismo judicial. Os órgãos judiciários superiores julgaram que a postura ativista era essencial na proteção ao direito à saúde, criando, se for o caso, jurisprudência sobre temas polêmicos ou não abrigados pela legislação nacional e pela Constituição. Esses Estados também convivem com críticas à atuação ativista do Judiciário, temendo a extrapolação excessiva das funções desse Poder, o que pode prejudicar o equilíbrio entre os Poderes, derivado da Teoria Tripartite dos Poderes, um dos pilares da democracia.

A atuação judicial ativista, postura subjacente em algumas das modernas Constituições, é necessária para efetivar as disposições constitucionais, quando os Poderes Executivo e Legislativo padecem de inação, passividade, ou quando atuam de encontro aos princípios da Lei Maior. Nesse sentido, o ativismo judicial, embora deva ser utilizado com prudência, torna-se indispensável, essencial, sempre que houver ameaça ou violação à Constituição.

Ressalta-se, entretanto, que, no decurso do estudo bibliográfico executado, a fim de se elaborar este trabalho, verificou-se que o ativismo judicial, utilizado também para proteger o direito à saúde, praticamente inexistente, sobretudo nos países europeus.

Essas nações contam com sistemas de saúde universais, praticamente plenos na assistência médico-hospitalar.

Nesse contexto, os cidadãos estão conscientes de que a prestação de serviço nessa área possui restrições e as aceitam. Somente provocam o Judiciário, quando a questão envolve doenças graves, que podem conduzir a óbito iminente, se não tratadas logo, ou raras, cujo tratamento não está incluso nos sistemas de saúde públicos.

CONCLUSÃO

Este trabalho almejou discutir o fenômeno do ativismo judicial, analisar a legalidade do emprego desse recurso pelo Judiciário como forma de preservar os direitos fundamentais firmados na Constituição. Além disso, buscou verificar a utilização do ativismo com relação à garantia do direito à saúde, considerado um dos

naturais, observando decisões dos Tribunais constitucionais da Alemanha, da Argentina, do Brasil e da Espanha que favoreceram a preservação de tais prerrogativas constitucionais, imiscuindo-se na competência do Legislativo e do Executivo e alterando a relação de poder entre eles.

A pesquisa revelou que há, em tese, certa pressão entre os dogmas democráticos e os preceitos neoconstitucionalistas relativamente ao tema. O fato não significa, no entanto, que o Judiciário não dispõe de legitimidade democrática, para assegurar a consecução de prerrogativas inseridas na Carta Magna. O paradigma democrático identifica, nos princípios do texto constitucional, o da tutela dos direitos fundamentais expressos na Constituição de nações democráticas mecanismo legal e justo de reduzir as desigualdades entre a elite econômica e politicamente dominante e a parte da população que convive com diversas carências não supridas pelo Estado. Nesse cenário o Judiciário desempenha relevante papel no sentido de proteger e fazer cumprir os direitos individuais e coletivos.

Até a primeira metade do século XIX, as Constituições eram julgadas como diplomas essencialmente políticos, sem íntima conexão com o Judiciário.

Notadamente da segunda metade do século XX até hoje, o positivismo moderno, ou pós-positivismo, ou Neoconstitucionalismo, superou as teses do positivismo clássico, transformando esse cenário em diversos Estados democráticos. A evolução das sociedades e as demandas sociais, centradas no indivíduo, ocasionaram a aproximação do Direito da ética, uma vez que a dignidade do ser humano se tornou prioridade para a teoria do Direito, a inclusão de valores morais baseou a interpretação jurídica das normas constitucionais, a releitura do texto constitucional.

Em tal contexto, apenas a aplicação literal das leis perdeu a validade. Verificar se o teor das normas se ajusta aos preceitos constitucionais passou a ser também rotina nos tribunais constitucionais.

Por conta disso, o exame de constitucionalidade das normas e da atuação do Executivo e do Legislativo, bem como a interpretação analítica da Carta Magna, passou a integrar a jurisprudência emanada das Cortes superiores. Isso decorreu do reconhecimento do vigor das disposições constitucionais, as quais assumiram

natureza obrigatória e vinculadora. Assim, os denominados direitos fundamentais, peculiares à índole do homem e alçados a preceitos constitucionais, tornaram-se imunes contra possíveis atitudes que os violassem ou ameaçassem.

Como o papel do Judiciário é assegurar o cumprimento aos princípios constitucionais, esse Poder passou a ser importante na proteção aos direitos fundamentais, os quais garantem a dignidade humana e a perfeita materialização da cidadania. Os supremos tribunais e as cortes constitucionais atuam no sentido de assegurar a estabilidade institucional, proteger o processo democrático, defender os valores inscritos na Constituição; para tanto, é necessário que, quando cabível, eles decidam sobre determinadas questões, polêmicas ou não, contemporâneas ou não, diante da inércia, da omissão, da passividade, da ação inadequada dos Poderes Executivo e Legislativo. Ao agir desse modo, os magistrados estão exercendo o ativismo judicial, isto é, o Judiciário extrapola suas funções, interferindo na atuação dos outros Poderes, a fim de assegurar a consecução dos ditames constitucionais e a proteção aos direitos fundamentais.

Em algumas circunstâncias, não interessa aos legisladores atender a demandas sociais, por interesses pessoais ou corporativos; desse modo, não editam leis que satisfaçam as necessidades do povo, como se estivessem “surdos” ao clamor da sociedade. O Executivo, por sua vez, deixa de implementar diversas políticas públicas necessárias, ou o faz inadequadamente, fundado na ideia de que, depois de eleitos, podem realizar aquilo que julgarem essencial ao povo, desconsiderando o clamor de minorias desassistidas pelo Estado em prover suas carências.

Diante de tais situações, os indivíduos se veem impotentes para ter sua vontade respeitada e cumprida e só lhes resta recorrer ao Judiciário, a fim de ver determinado direito preservado e efetivado. Aí reside a justificativa para a postura ativista muitas vezes empregada por magistrados, para decidir acerca de ações que chegam requerendo a concretização de certa prerrogativa constitucional.

A via judicial se torna o único recurso disponível para aqueles que não encontram respaldo no Legislativo ou no Executivo, para acessar uma vantagem definida em Constituição ou outro diploma legal. É ponto pacífico que o cidadão não pode ser despojado de direitos fundamentais devido à inércia estatal. Ele necessita de estruturas mínimas de sobrevivência digna e muitos dos direitos fundamentais lhe

garantem o bem-estar. Nesse sentido, o recurso ao Judiciário constitui o modo de reduzir as necessidades não satisfeitas mediante a implementação de medidas governamentais e a edição de normas que regulem determinada situação.

Entende-se que compete ao Judiciário julgar quando for provocado (art. 5º, XXXV, CF/88), uma vez que toda ameaça de violação a um direito ou lesão a ele devem necessariamente passar por exame de mérito jurisdicional, desde que preenchidas as condições indispensáveis para tal. Constitui equívoco, no entanto, considerar que operadores do Direito se sintam totalmente livres para aplicar o Direito; eles, de fato, estão compelidos a decidir com base em fatores fáticos e relativos a valores os quais se intercalam nas situações por eles examinadas.

O ativismo judicial faculta à Justiça decidir no sentido de preservar os direitos fundamentais e suprir as falhas na atuação dos outros Poderes. Ao atender às solicitações dos cidadãos via a área judicial, os tribunais e as cortes constitucionais se transformam em representantes da sociedade, buscando corrigir possíveis omissões e lacunas. Quando o Judiciário provê as necessidades do povo, mediante a prática do ativismo judicial, passa a configurar a mais democrática das instituições, já que qualquer pessoa pode a ele recorrer quando sente que teve um direito ameaçado, violado ou omitido.

No que concerne ao direito à saúde, os Supremos Tribunais têm se posicionado geralmente em favor dos reclamantes, porque julgam ser a saúde elemento que integra o mínimo essencial a uma vida digna. Para tanto, pesquisaram-se as decisões do Judiciário da Alemanha, da Argentina, do Brasil e da Espanha. Em maior ou menor proporção, os quatro países convivem com a prática do ativismo judicial como meio de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais e guardar os preceitos regulamentados na Carta Maior de cada um deles. As ações solicitam desde o fornecimento de medicamentos a pessoas enfermas até a autorização para que mulheres gestantes possam abortar, quando constatado que o feto é anencéfalo.

Observa-se que, nessas nações, o poder político é exercido por agentes públicos que não foram, muitas vezes, eleitos pelo povo, mas que não podem se furtar a cumprir o papel de garantidores dos princípios constitucionais e guardiães dos direitos fundamentais. Nesses casos o Judiciário conta com autonomia e certa

independência, para minorar as carências sociais e assegurar a hegemonia da Constituição.

Deve-se, no entanto, cuidar de que o Judiciário não extrapole os limites do razoável, afastando a harmonia entre os Poderes e interferindo excessivamente nas competências de cada um deles. Os julgadores devem sempre estar conscientes de que a efetivação de algum direito para um cidadão, ou um conjunto deles, não pode prejudicar as prerrogativas da coletividade, mesmo que seja na área da saúde, direito inalienável do ser humano. Para tanto, seria viável encontrar um modo de harmonizar a atuação de cada um, auxiliando o Legislativo na análise de medidas provisórias editadas pelo Executivo, a fim de preservar as atribuições daquele órgão.

Por isso, o ativismo judicial deve ser analisado com prudência. Posturas ativistas abusivas, as quais consideram unicamente a satisfação de demandas sociais e a subjetividade do juiz ou do magistrado ao analisar o caso, violando por vezes normas constitucionais, podem exacerbar a atuação da Justiça, causando conflitos e discussões a respeito da legitimidade do Judiciário para decidir sobre algumas questões e das limitações de ação do Poder Público. De todo modo, o Neoconstitucionalismo, carregando com ele a prática do ativismo judicial, reaproximou, harmonizando o sistema jurídico, os conceitos de Ética e Direito, por intermédio dos preceitos legais, da valorização da letra da Carta Magna, dos valores conferidos pela sociedade a certa situação, todos amparados pelas leis.

Assim, a racionalidade e a ponderação devem permear todas as decisões que envolvam o ativismo judicial, de modo que o Judiciário consiga encontrar o ponto de equilíbrio entre a vontade da população e as restrições financeiras e orçamentárias das instituições governamentais, porque não haja comprometimento da execução de outras políticas públicas. Atitudes arbitrárias podem prejudicar a visão que a sociedade tem da Justiça, dificultar a relação com os outros Poderes, pelo desrespeito às funções típicas de cada um, e acirrar as críticas à efetivação do ativismo judicial, o que prejudicará, sobremaneira, a possibilidade de os cidadãos terem seus direitos cumpridos e respeitados, uma vez que eles não têm acesso ao Legislativo ou ao Executivo, para exigir o cumprimento de leis ou a execução de políticas de Estado.

Embora o exercício do ativismo judicial deva ser julgado com cautela e conveniência, tanto no Brasil, como na Argentina, na Alemanha e na Espanha, a

população dessas nações considera a Justiça acessível às demandas sociais e às solicitações de julgamento de lides envolvendo a garantia dos direitos fundamentais, notadamente aquele atinente ao direito à vida e à saúde, o que aumenta a responsabilidade e a relevância desse Poder, uma vez que a postura ativista preserva também ditames do regime democrático. A expansão da competência do Judiciário, embora possa por vezes ser considerada até arbitrária, excessiva, prejudica menos a população que a passividade, a omissão, a inércia do Legislativo e do Executivo.

Pela compreensão dos julgados dos Tribunais Constitucionais das nações estudadas, pode-se concluir que, toda vez em que o Estado não age com o objetivo de combater a natimortalidade infantil e a mortalidade intrauterina, de prevenir a eclosão de enfermidades, de zelar pela saúde de seus cidadãos, está ele ferindo deveres legais, pois transgredir deveres incluídos nas disposições constitucionais.

A par das críticas relativas ao fenômeno, a população de diversas nações democráticas, como Alemanha, Argentina, Brasil e Espanha, tem aceitado a postura ativista do Judiciário, entendendo que a via judicial constitui a forma de ter satisfeitas carências e preenchidas omissões e inação do Legislativo e do Executivo. Vê nesse Poder o meio de assegurar e prover a dignidade do ser humano, propiciando que este tenha melhor qualidade de vida e subsistência.

Atualmente, boa parte dos Estados democráticos vem destinando a agentes públicos, sobretudo a juízes e magistrados, parte do poder político antes exercido apenas pelo Legislativo, já que a atuação destes se pauta na técnica, na imparcialidade, e atesta a permanência da democracia. A atitude ativista do Judiciário da Alemanha, da Argentina, do Brasil e da Espanha revela que neles o recurso tem sido utilizado como remédio para atenuar as falhas de atuação dos legisladores e dos administradores no exercício de suas funções típicas.

Talvez sejam o meio e a ocasião apropriados para se indagar se, na verdade, o que ocorre é a ausência de boas políticas em vez de exagero da conduta do Poder Judiciário.

Em nome da lógica e da razão, deve-se, porém, reconhecer que, por mais que o regime democrático pregue a igualdade plena de direitos a todos os indivíduos e que o ativismo judicial desempenhe papel preponderante na defesa e na

concretização dessas garantias, determinadas constitucionalmente, não há instituto que seja totalmente justo, não existe Estado democrático que consiga satisfazer a todas as necessidades e anseios de seus cidadãos e materializar os princípios regulamentados pela legislação pátria, não há Justiça a qual seja infalível. Como os homens são imperfeitos, falíveis, os atos por eles realizados também o serão em alguma medida.

Parece adequado também, com base neste estudo, observar que é papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário atuar com ponderação e cautela, procurando constantemente comunicar-se com o Executivo e o Legislativo, a fim de que em conjunto, com cooperação, possam desenvolver ferramentas políticas e jurídicas destinadas a superar as falhas na materialização dos direitos constitucionais, principalmente os fundamentais.

Há, no entanto, de se proceder a uma ressalva. Delegar ao ativismo judicial ou à autocontenção judicial o condão de resolver racionalmente todas as questões concernentes aos direitos fundamentais parece utópico; a interpretação das normas carrega, por mais que se evite, alguma subjetividade por parte do julgador, o que pode afetar a decisão adotada em casos por ele analisados. O mesmo ocorre com os julgados dos Tribunais Constitucionais: o posicionamento de cada um dos membros pode variar de acordo com o entendimento das leis e, em certas circunstâncias, com a ideologia política do magistrado, alterando o resultado final emanado pela Corte.

Diante da magnitude e da importância do tema, este trabalho não visou exaurir a discussão sobre o fenômeno do ativismo judicial. A pretensão foi demonstrar que o direito à saúde, esculpido em diversas Constituições como fundamental, encontra guarida na via judicial, quando outros Poderes não o efetivam, com o propósito de realizar as prerrogativas fundamentais definidas na Constituição.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, V; COURTIS. *Direitos sociais são exigíveis*. Dom Quixote: Porto Alegre, 2011.

AQUINO. R. S. L. de; FRANCO, D. de A. & LOPES, O. G. C. *História das sociedades: das sociedades modernas às sociedades atuais*. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 2006.

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. *Judicialização da Política no Brasil: Influência sobre Atos Interna Corporis do Congresso Nacional*. Tese (Doutorado) apresentada à Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. In re: “*Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho*”. Sentencia del 24 de octubre de 2000. Buenos Aires, 24 de octubre de 2000. Disponível em: <<http://www.pablorosales.com.ar/files/35.doc>>. Acesso em: abr. 2017.

_____. _____. A. 186. LXXXIV. “Caso Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/ amparo ley 16.986. 2000”.

_____. Poder Judicial de la Nación, *Causa n° 31.777/96*, “Vice conte, Mariela Cecilia c/ Estado Nacional – M° de Salud y Acción Social - s/ amparo ley 16.986”. Cám. Cont. Adm. Fed., Sala V. Buenos Aires, 2 de Junio de 1998.

_____. _____. *Processo M. 1569. XL. ORIGINARIO* Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza). 2008. Disponível em: <http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/arquivos/caso_riachuelo.pdf>. Acesso em: abr. 2017.

ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BARCELLOS, A. P. de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, L. R. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB*. Vol. 5, número especial, 2015. Brasília: UniCEUB, 2015, p.30. Disponível em: <<http://www.rbpp.uniceub.br>>. Acesso em: jul. 2017.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, ano 4, nº 13:71-91, jan/mar. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: mar. 2016.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (orgs.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. “Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo”. In: FELLET, A. L. F.; PAULA, D. G. de e NOVELINO, M. (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2011.

BEÇAK, R. Congresso Nacional do Compedi, 17, 2008, Salvador. *Anais*, p. 2.768.

BOBBIO, N. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BORGE, F. D. Ativismo Jurídico: Expressão do Acesso à Justiça e da Cidadania Ativa. *Revista Jus Navegandi*. Teresina, ano 14, n. 2.317, 4 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13794>>. Acesso em: jul. 2016.

BRANCO, P. G. G. “Em busca de um conceito fugidio – Ativismo Judicial”. In: *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Jus Podium.

BRASIL. *Constituição* (1988). Texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 64, de 4 de fevereiro de 2010. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <[tp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.Htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.Htm)>. Acesso em: jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF. STF - *RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 519778 RN (STF)*. Data de publicação: 05/03/2014.

_____. _____. STF, STA 175-AgR/CE, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17/3/2010, DJe, 29/4/2010.

_____. _____. *Recurso Extraordinário N. 195.192/RS*. Relator: Marco Aurélio – Segunda Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 31 de mar. 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=234359>>. Acesso em: abr. 2017.

_____. _____. *Recurso Extraordinário n. 271.286/RS*. Relator: Celso de Mello – Segunda Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 12 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/779142/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-271286-rs>>. Acesso em: maio 2017.

_____. _____. *Suspensão de Liminar N. 166/RJ*. Relator: Ellen Gracie. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 14 de jun. de 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139517/suspensao-de-liminar-sl-166-rj-stf>>. Acesso em: maio 2017.

_____. _____. *Suspensão de Segurança N. 3.382/RN*. Relator: Ellen Gracie. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 22 de nov. de 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19138957/suspensao-de-seguranca-ss-3382-rn-stf>>. Acesso em: maio 2017.

_____. _____. *Suspensão de Tutela Antecipada N. 162/RN*. Relator: Ellen Gracie. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 19 de out. de 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139034/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-162-rn-stf>>. Acesso em: maio 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ, *MS 8895/DF*, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 22/10/2003, DJ 7/6/2004.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *TRF-4 - Apelação Cível AC 50020694520134047200 SC 5002069-45.2013.404.7200* (TRF-4). Data de publicação: 16/12/2013.

_____. _____. *TRF-4 - Embargos de Declaração em Apelação Cível ED 50020280720114047117 RS 5002028-07.2011.404.7117* (TRF-4). Data de publicação: 16/07/2014.

CAMPOS, C. A. de A. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAMARGO, D. M. de. *Jurisdição crítica e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2009. CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, M. Juízes legisladores? Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993, p. 22 apud COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. Vol. 5, número especial, 2015. Brasília: UniCEUB, 2015, p.19. Disponível em: <<http://www.rbpp.uniceub.br>>. Acesso em: jul. 2017.

_____. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Trad. Luis Aguiar de Luque e M^a Garcia Rubio de Casas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

CARVALHO FILHO, J. dos S. Ativismo Judicial e Política. *Revista Jurídica Consulex*. Seção Ciência Jurídica em Foco. Edição 307, 30 de outubro de 2010.

CHEVITARESE, A. B. L. B. C. A (des)harmonia entre os poderes e o diálogo (in)tenso entre democracia e república. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. Vol. 5, número especial, 2015. Brasília: UniCEUB, 2015, p.513. Disponível em: <<http://www.rbpp.uniceub.br>>. Acesso em: jul. 2017.

CLERICI, R. A. *El derecho a la salud en la Corte Suprema de Justicia*. Buenos Aires: Lecciones y Ensayos, 2005.

COELHO, I. M. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. Vol. 5, número especial, 2015. Brasília: UniCEUB, 2015, p.18. Disponível em: <<http://www.rbpp.uniceub.br>>. Acesso em: jul. 2017.

CRUZ, L. M. *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*. México: Porrúa, 2006.

CUNHA, J. R. *Ativismo Judicial, Limites e Possibilidades*. Disponível em: <<http://www.esmarn.org.br/cursos/aperfeicoamento>>. Acesso em: jun. 2016.

DAHL, A. I.; SHAPIRO, J. A. *The Democracy Sourcebook*. Cambridge, Massachusetts, United States: MIT Press, 2003.

DAMSKY, I. A. *La construcción del derecho a la salud em Argentina a partir de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos*. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2252/10.pdf>>. Acesso em: maio 2017.

DWORKIN, R. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. *Constitutional Court Judgment N^o. 53/1985*, of April 11. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.es/ResolucionesTraducidas/53-1985,%20of%20April%2011.pdf>>. Acesso em: maio 2017.

_____. _____. *Constitutional Court Judgment N^o. 53/1985*, of April 11. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.es/ResolucionesTraducidas/53-1985,%20of%20April%2011.pdf>>. Acesso em: maio 2017.

_____. _____. *Recurso de Amparo N. 3574-2008*. Março de 2011. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.es/ResolucionesTraducidas/53-1985,%20of%20April%2011.pdf>>. Acesso em: maio 2017.

FERNANDES, R. V. de C. Ativismo Judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira. *Confluências*, vol. 12. Niterói: PPGSD-UFF, 2012. Disponível em: <<http://www.diritto.it/docs/30316-ativismo-judicial-por-uma-delimita-o-conceitual-brasileira>>. Acesso em: maio 2017.

_____. *Experiências de ativismo judicial na Europa continental*, 2011.

FERREIRA FILHO, M. G. O papel político do judiciário e suas implicações. *Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas*, Ano 1, n. 2. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a0833c8a1817526a>. Acesso em: jan. 2017.

FREITAS, V. P. de. Como se desenvolve o Judiciário espanhol. *Revista Consultor Jurídico*, 9 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-09/segunda-leitura-desenvolve-sistema-justica-espanha>>. Acesso em: maio 2017.

GARAPON, A. *O Guardador de Promessas*. Justiça e Democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GOMES, L. F. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/.../o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedent...>>. Acesso em: maio 2016.

GOUVÊA, M. M. O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos. *Revista Forense*, vol. 370. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GUEDES, Jefferson Carús. Direito processual de grupos sociais atual: entre o ativismo judicial e o garantismo processual. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6, 2016.

HABERMAS, J. *Direito e Democracia*, entre Facticidade e Validade. V. 1. Coleção Biblioteca Tempo Universitário. Rio de Janeiro: Editora Tempo Universitário, 1992.

HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís A. H. 20 ed. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998.

HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 251, maio/agosto de 2009.

HOBBS, T. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. (Coleção "Os Pensadores"). São Paulo: Abril Nova Cultural, 1994.

HORTA, J. L. B. *História do Estado de Direito*. São Paulo: Alameda Casa Editorial, 2011.

IBRAHIM, F. Z. *Curso de direito previdenciário*. 16 ed. Niterói: Impetus, 2011.

KAUFAMNN, A.; HASSEMER, W. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. 5ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

LARENZ, K. Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Gulbenkian, 1978, p. 396 apud COELHO, I. M. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB*. Vol. 5, número especial, 2015. Brasília: UniCEUB, 2015, p.19. Disponível em: <<http://www.rbpp.uniceub.br>>. Acesso em: jul. 2017.

LEAL, Saul Tourinho. Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Brasília; IDP, 2008. Apud PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB*. Vol. 5, número especial, 2015. Brasília: UniCEUB, 2015. Disponível em: <<http://www.rbpp.uniceub.br>>. Acesso em: jul. 2017.

LOCKE, J. *Dois Tratados sobre o Governo*. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LOPES JÚNIOR, E. M. *A Judicialização da Política no Brasil e o TCU*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

MÂNICA, F. B. Teoria da Reserva do Possível: Direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, jul./set. 2007.

MELLO, C. A. Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito. *Revista de Direito Administrativo*, n. 224. Rio de Janeiro, abr./jun. 2001.

_____. Defende ativismo judicial do STF. *Direito do Estado*. 24/4/2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/noticias/5909/Ministro-Celso-de-Mello-defende-ativismo-judicial-do-STF>>. Acesso em: maio 2017.

_____. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MIARELLI, M. M.; LIMA, R. M. *Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

MONTESQUIEU, C. L. de S., Baron de la Bréde et de. *O espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leoncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1995.

MORAES, A. de. *Direito Constitucional*. 15 ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 60.

MOREIRA, E. R. Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação. *Revista da EMERJ*, v. 11, nº 43, 2008.

NASCIMENTO, E. P. "A democracia sobreviverá ao século XXI?". Simpósio realizado em novembro de 2010 na Université Internationale d'Été. *Correio Braziliense*, maio de 2011.

NUNES JÚNIOR, A. T. *Ativismo judicial no Brasil: o caso da fidelidade partidária*. Arquivos do TRE/RS, ano 51, n. 201, jan./mar. 2014.

OLIVEIRA, R. T. de; FARIA, B. C. de; CURTOLO, C. M. de L.; TEODORO, L.; VELUDO, M. S.; PEREIRA, J. E. A Jurisdição Constitucional entre a Judicialização e o Ativismo: Percursos para Uma Necessária Diferenciação. *Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional*, 2008.

PEIXINHO, M. M. O Princípio da Separação dos Poderes, a Judicialização da Política e Direitos Fundamentais. *Anais. XVII Congresso Nacional do CONPEDI*. Brasília – DF, 2008.

PENNA, Maria. C. V. M. Constitucionalismo: Origem e Evolução Histórica. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 21, jan./jun., 2013.

PIÇARRA, N. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PRADO FILHO, A. V. O Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho e a Terceirização. *Evocati Revista*, nº 101, 1º/5/2014. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=607>. Acesso em: jan. 2017.

PRIETO, S. *Positivismo y Constitucionalismo*. México: Ed. BEMP, 1999.

RAMOS, E. da S. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

REVERBEL, C. E. D. Ativismo Judicial e Estado de Direito. In: José Levi Mello do Amaral Júnior (org.). *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação e Reexame Necessário Nº 70023896202, Sétima Câmara Cível. Relator: Ricardo Raupp Ruschel. Julgado em 25/6/2008. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php.8>. Acesso em: maio 2017.

ROCHA, C. J. O Constitucionalismo, a Democracia e os Direitos Fundamentais Trabalhistas. *Revista Quaestio Iuris*, Publicações UERJ, vol. 5, nº 1, 2012.

ROUSSEAU, J. *O contrato social*. São Paulo: Editora Cultrix Ltda., 2008.

SANTOS, A. A. dos. O Estado Democrático de Direito. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 91, ago. 2011. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10143&revista_caderno=9>. Acesso em: dez. 2016.

SANTOS, B. de S.; MARQUES, M. M. L.; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. N. 65, novembro 1995. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 1995.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista da Defensoria Pública*. Ano 1, n. 1, jul./dez., 2008.

SARTORI, G. *Democrazia*. Cosa è. Milão, Itália: Rizzoli, 1993.

SCALIA, A. *Palestra*. Chapman Law School, agosto de 2005. Disponível em: <blog.acton.org/.../85103-6-quotes-antonin-scalia-on-law-and-the->. Acesso em: jun. 2017.

SCHWABE, J. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. de Leonardo Martins. Montevideo: Konrad-Adenauer, 2005.

SCHUMPETER, J. A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

SILVA, M. A. da. A Efetividade da Atuação do Poder Legislativo Face ao Ativismo Judicial no Contexto Brasileiro. *Jurídico Certo*, 1º de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/manoelasilva/artigos/a-efetividade-da-atuacao-do-poder-legislativo-face-ao-ativismo-judicial-no-contexto-brasileiro-2026>>. Acesso em: jul. 2016.

SILVA NETO, M. J. e. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, M. de L. de. et al. (orgs.). *A saúde na fronteira seca Brasil-Argentina*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

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

TAVARES, A. R. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1027.

_____. *Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*. São Paulo: Editora Método, 2006.

TOURAINÉ, A. *O que é a democracia?* 2ª ed. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis, RJ: Vozes, 1996a.

Tribunal Constitucional da Espanha anulou a decisão da Catalunha que proibia as touradas. *Revista Direito Ambiental*, outubro 21, 2016.

VALE, I. P. do. O Ativismo Judicial: conceito e formas de interpretação. *Jus Brasil*. Disponível em: <<https://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/169255171/o-ativismo-judicial-conceito-e-formas-de-interpretacao>>. Acesso em: jun. 2016.

VALLE, V. R. L. do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Juruá, 2009.

_____. (org.). *Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

VIANNA, W.; CARVALHO, M. A. R. de; MELO, M. I. P. C.; BARGOS, M. B. A *judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Reavan, 1999.

WILSON, N. G. *Encyclopedia of ancient Greece*. New York: Routledge, 2006.

WOLFE, C. *Judicial Activism: Bulwark of Freedom or Precarious Security?* Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 1997.