

## ATIVISMO JUDICIAL, EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E DESENVOLVIMENTO DA DEMOCRACIA NO BRASIL

O presente artigo já foi publicado anteriormente, conforme os seguintes dados: REIS, Sérgio Cabral dos. "Ativismo judicial, Efetividade dos Direitos Sociais e Desenvolvimento da Democracia no Brasil". *Poder Judiciário e Desenvolvimento Socioeconômico: obra em homenagem ao XVI CONAMAT*. Coordenação de Adriano Mesquita Dantas, Marcelo Rodrigo Carniato e Sérgio Cabral dos Reis. São Paulo: LTr, 2012, pp. 162-180.

FILOSOFIA JURÍDICA

Sérgio Cabral dos Reis

### RESUMO

Trata-se de artigo que pretende enfatizar as balizas do paradigma do Estado Democrático de Direito, principalmente quanto ao vínculo entre o princípio da solidariedade, a eficácia dos direitos sociais e o desenvolvimento da democracia no Brasil, país que, sabidamente, apesar de figurar entre as grandes economias do mundo, padece de forte quadro de exclusão social. Em decorrência desse fato, bem como do déficit de representatividade popular e descompromisso constitucional por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, evidencia-se a atuação do Judiciário quanto à realização de políticas públicas que, na prática, concretizam os direitos humanos previstos na Constituição e nos Tratados Internacionais, rompendo, desse modo, com as discussões abstratas inerentes ao positivismo jurídico.

**Palavras-chave:** *Ativismo judicial; Direito sociais; Democracia.*

## JUDICIAL ACTIVISM, EFFECTIVENESS OF SOCIAL RIGHT AND DEVELOPMENT OF DEMOCRACY IN BRAZIL

### ABSTRACT

The present article intends to emphasize the paradigmatic frameworks of the Democratic State of Law, especially regarding the relations between the Solidarity Principle, social rights effectiveness and democracy development in Brazil, a country which, despite its economical world status, suffers from dramatic social exclusion. Consequently, as well as because of lacking popular representativeness and Constitutional commitment from the Legislative and the Executive Powers, the Judicial Power's performance draws attention to its public policies realization, which lead to Constitutional and International Treaty based human rights concretization and, therefore, disrupts juridic positivism inherent abstract discussions.

**Keywords:** Judicial activism; Social law; Democracy.

### SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito; 3. O princípio da solidariedade, a eficácia dos direitos sociais e a questão da legitimidade do Estado Democrático de Direito; 4. Crise de confiança nas instituições políticas e proteção judicial aos direitos sociais no Brasil: da necessidade de equilíbrio entre as teorias procedimentalistas e substancialistas quanto à extensão da jurisdição constitucional; 5. Aspectos gerais do ativismo judicial; 6. Conclusão: o ativismo judicial como elemento necessário ao desenvolvimento da democracia; 7. Referências bibliográficas.

---

### 1. Introdução

Em um país em que seu povo perdeu a capacidade de se indignar e reagir em relação às injustiças sociais, em decorrência da descrença em relação ao Estado no exercício de suas funções administrativa e legislativa, o tema da realização de políticas públicas por parte do Poder Judiciário revela-se sempre atual. Mas seria o Poder Judiciário um ambiente decisório democrático adequado às decisões acerca das políticas públicas? Em que medida a tutela judicial dos direitos sociais viola os princípios democrático e da separação dos poderes? Quais são os limites ou contornos de legitimidade no exercício da jurisdição no Estado Constitucional contemporâneo? Essas são as questões que se pretende responder neste artigo. Antes, porém, devem ser compreendidas as balizas do

Estado Democrático de Direito no Brasil.

## 2. Do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito

Uma parte das críticas desferidas contra a atuação judicial em matéria de políticas públicas encontra fundamento no modelo de jurisdição concebido sob os auspícios do Estado Liberal de Direito, que surgiu sobre as promessas de neutralidade e não intervenção, para viabilizar o desenvolvimento pleno dos indivíduos, à margem da atuação dos poderes públicos.

As características marcantes deste modelo são as seguintes: (I) primado da lei; (II) divisão absoluta das funções estatais (separação dos poderes); (III) generalidade e abstração das regras; (IV) distinção entre direito público e direito privado (separação entre Estado e sociedade)<sup>16</sup>[1].

A atividade dos juízes, no Estado Liberal de Direito, devia se restringir a aplicar normas editadas pelo legislador, ainda que se tratasse de prestações sociais. Em outras palavras, para evitar o retorno do antigo regime (absolutista) e pretensamente assegurar a liberdade, prestigiava-se a democracia representativa, os atos do Parlamento, de forma que a atuação judicial, para ser imparcial, deveria limitar-se à descrição da vontade do legislador (interpretação meramente literal), em uma operação meramente silogística.

A partir de uma rígida separação das funções típicas estatais, há um reforço, infelizmente ainda presente nos dias atuais, da “[...] imagem doutrinária do juiz técnico, esterilizado politicamente e que faz da adjudicação um silogismo capaz de garantir, dogmaticamente, a certeza do direito”<sup>17</sup>[2].

É que a função do Estado, nesse paradigma clássico, deveria se restringir à garantia da autonomia da vontade e a liberdade contratual derivada, de modo que não se admitia que a função jurisdicional estabelecesse algum controle quanto ao conteúdo do contrato ou ao equilíbrio de suas prestações, mas apenas sobre a presença ou a ausência de consentimento isento de vícios e defeitos<sup>18</sup>[3].

Logo a história demonstrou, todavia, que a autonomia da vontade era incapaz de evitar injustiças sociais, causadas pelo seu exercício abusivo, reclamando uma pronta intervenção estatal. Se, antes, era a liberdade, agora, com a instituição do Estado Social de Direito, o valor preponderante passou a ser a igualdade material. Este modelo, contudo, encontra-se em crise.

O declínio do Estado Social de Direito, segundo Ricardo Lobo Torres, “tem as suas principais causas no endividamento exagerado dos países, na impossibilidade de atendimento das demandas sociais, no excessivo paternalismo e na crença ingênua na inesgotabilidade dos recursos públicos”, o que não ocorre no Estado Democrático de Direito, que concilia o Estado Social, agora considerando a questão financeira, com as novas exigências para a garantia dos direitos humanos<sup>19</sup>[4].

O Estado Democrático de Direito, portanto, representa a vontade constitucional de realização do Estado Social<sup>20</sup>[5], uma exigência do mundo moderno, inclusive como forma de elidir os problemas capitais da democracia moderna (contradições internas do elemento político sobre que se apoia e desvirtuamento do poder)<sup>21</sup>[6], pois, como afirma Gilberto Bercovici, “eliminar as funções assistencial e redistributiva do Estado seria deslegitimá-lo de maneira irreversível”<sup>22</sup>[7].

Trata-se de um modelo que não se contenta com a mera proclamação formal e abstrata de direitos humanos na Constituição, mas sim com a concretização dos mesmos, a partir da identificação das diferenças e da singularidade dos cidadãos, da promoção da justiça social, da correção das disparidades econômicas e da neutralização de uma iníqua distribuição tanto de renda quando de prestígio e de conhecimento<sup>23</sup>[8].

Nesse contexto, o Estado Democrático de Direito pressupõe *educar* a população para o exercício da cidadania plena<sup>24</sup>[9], com a realização de todos os direitos fundamentais, enfim, a ideia de *democracia em liberdade*<sup>25</sup>[10].

Como ensina Régis Fernandes de Oliveira, “para que exista o Estado de Direito, em seu aspecto de legitimidade, um juízo estritamente valorativo, é fundamental que os direitos humanos sejam assegurados e plenamente exercidos em democracia”<sup>26</sup>[11]. Assim, além da limitação do poder e do reconhecimento dos direitos humanos, o Estado Democrático de Direito, em tempos de crise moral, econômica e política, pressupõe justiça social no campo socioeconômico, superando as condições do neocapitalismo, inclusive com eliminação do trabalho explorado, e pluralismo sociopolítico, ao invés de partido e sindicato único vinculado ao Estado, válido sem ideologias ou utopias irrealizáveis, tendo como função primordial a defesa do ser humano concreto, em toda a extensão de sua dignidade<sup>27</sup>[12].

Em outros termos, o Estado Democrático de Direito não deve ser identificado como formalista, não pode ser reduzido a simples ordem de organização e processo, legitima-se em um contexto marcado pela globalização econômica e por políticas públicas neoliberais como um Estado de justiça social, concretamente realizável através de estratégias políticas que têm em vista o cidadão concreto, em suas especificidades e peculiaridades, e a noção de indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos<sup>28</sup>[13].

Observe-se que enquanto no Estado Social procura-se corrigir desigualdades através de políticas públicas, adaptando-se a legislação à realidade preexistente, no Estado Democrático de Direito, impõe-se à ordem jurídica e à atividade estatal, simbolicamente, um conteúdo utópico de transformação ou de reestruturação das relações sociais<sup>29</sup>[14].

Em outras palavras, no Estado Democrático de Direito, o desafio é resgatar a concepção do potencial ético e transformador do Direito, atribuindo máxima efetividade às normas constitucionais e internacionais fundamentais, realçando o princípio da dignidade da pessoa humana, fonte e sentido de toda experiência jurídica<sup>30</sup>[15]. O Estado, portanto, deve promover o desenvolvimento econômico nacional, a principal política pública (a mais abrangente)<sup>31</sup>[16], mas, coordenando e harmonizando todas as outras (políticas públicas), sem perpetuar injustiças sociais<sup>32</sup>[17].

Tem absoluta razão André Ramos Tavares, quando esclarece que “o desenvolvimento do Estado passa prioritariamente pelo desenvolvimento do homem, de seu cidadão, de seus direitos fundamentais. Sem ele, o mero avanço econômico pouco significará, apenas fará sentido para poucos”<sup>33</sup>[18]. Deve realizar todos os direitos fundamentais, sem distinção, pois “um Estado que apenas assegura os direitos daqueles que já possuem condições mínimas de existência consagra a *desigualdade*”<sup>34</sup>[19], resultando no enfraquecimento do próprio Estado de Direito<sup>35</sup>[20]. Trata-se, em suma, da realização plena do princípio da igualdade substancial, gênese de todos os valores, expressão máxima da dignidade humana.

### **3. O princípio da solidariedade, a eficácia dos direitos sociais e a questão da legitimidade do Estado Democrático de Direito**

Observe-se que, no Brasil, a Constituição assevera que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170 da CF), e “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (art. 193 da CF).

No particular, conforme preleciona André Ramos Tavares, “a própria Constituição associa-se à solidariedade, deixando certo que o conceito envolve não apenas a prevalência do social sobre o individual, como também o compromisso de uma dependência recíproca entre os indivíduos”<sup>36</sup>[21].

---

Consagra o Estado Democrático de Direito, portanto, o princípio da solidariedade, com máxima força normativa, exigindo em relação ao próximo, pelo simples fato de ser pessoa, reconhecimento e respeito, em uma perspectiva em que “[...] a cooperação, a igualdade substancial e a justiça social se tornam valores hierarquicamente superiores, subordinados tão somente ao valor precípuo do ordenamento”, que é a tutela da dignidade da pessoa humana<sup>37</sup>[22].

Com efeito, mesmo nas relações jurídicas estabelecidas no âmbito do mercado há uma relação íntima com a solidariedade social, que se traduz em norma conformadora daquele, eliminando a antinomia entre a valorização do trabalho e a livre iniciativa, pois, como elucida Judith Martins-Costa, “[...] ambas se devem conjugar em atenção ao fim comum que as polariza, qual seja a construção de uma sociedade solidária”<sup>38</sup>[23].

Para a concretização desse vínculo de solidariedade, revela-se imprescindível a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais<sup>39</sup>[24]. Logo, a partir de um novo constitucionalismo, que tem o ser humano como base de toda a ordem jurídica, o Estado Constitucional contemporâneo visa à realização dos direitos fundamentais, aproximando as comunidades carentes da afirmação da sua cidadania solidária, conferindo ampla proteção às minorias<sup>40</sup>[25], através de políticas públicas, genericamente entendidas como programas e ações do poder público objetivando atingir os objetivos fundamentais do Estado.

No caso do Brasil, essa perspectiva transformadora da realidade social, própria do Estado Democrático e Social e Direito, é imposta constitucionalmente (art. 3º da CF) pelos seus objetivos fundamentais: (I) construir uma sociedade livre, justa e solidária; (II) garantir o desenvolvimento nacional; (III) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; (IV) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No particular, como assevera Gilberto Bercovici, “a ideologia constitucional não é neutra, é política, e vincula o intérprete”<sup>41</sup>[26]. Esses objetivos constitucionais (art. 3º da CF), portanto, devem ser cumpridos pelo Poder Público, sendo que a sua inércia traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado, inclusive judicialmente.

É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados aos desígnios e à conveniência dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

Na lição de Antonio Carlos Wolkmer, “não é possível pensar e estabelecer uma dada ordem política e jurídica centrada exclusivamente na força material do poder”<sup>42</sup>[27]. Como esclarece Fábio Konder Comparato, “em qualquer hipótese, para a introdução de novos valores, ou a defesa dos que já vigoram no meio social, não basta o recurso à força. É indispensável um mínimo de justificação ética”<sup>43</sup>[28].

Tem razão Marcelo Neves, portanto, quando afirma que, no Estado Democrático de Direito, o maior problema é exatamente saber conciliar poder eficiente com direito legitimador, ou seja, estabelecer uma relação construtiva, apesar das tensões e conflitos, entre o poder expansivo do Estado e a justiça abstrata, “[...] de tal maneira que o direito não se mantenha como uma mera abstração e o poder político não se torne impotente por sua hipertrofia ou falta de referência legitimadora”<sup>44</sup>[29].

A legitimidade, assim, não é um tema que, atualmente, passa apenas pela instituição do poder ou pela validade jurídica dos preceitos normativos, mas pela presença de “[...] valores consensualmente aceitos e que refletem os interesses, as aspirações e as necessidades de uma determinada sociedade”<sup>45</sup>[30], que são os direitos humanos fundamentais. Em outras palavras, no Estado Democrático de Direito, antes de ser concebida como mera decorrência do cumprimento puro e simples da lei ordinária, “[...] a legitimidade incide na esfera da consensualidade dos ideais, dos fundamentos, das crenças, dos valores e dos princípios ideológicos”<sup>46</sup>[31].

Deve-se perceber, nesse contexto, que a temática da legitimidade, por decorrer de uma interpenetração entre o direito e a política<sup>47</sup>[32], apresenta uma estrutura discursiva dialógica que, apesar de não fornecer respostas universalmente válidas e conclusivas, limitada à concordância dos grupos sociais, motivo pelo qual se deve verificar se os critérios e as argumentações dos detentores do poder oferecem boas razões para explicar e justificar a natureza da obrigação que eles pretendem impor<sup>48</sup>[33].

A legitimidade da atuação judicial quanto à concretização dos direitos sociais, nesse contexto, depende dos argumentos apresentados.

#### **4. Crise de confiança nas instituições políticas e proteção judicial aos direitos sociais no Brasil: da necessidade de equilíbrio entre as teorias procedimentalistas e substancialistas quanto à extensão da jurisdição constitucional**

Conforme preleciona Daniel Sarmiento<sup>49</sup>[34], a objeção democrática à proteção judicial dos direitos sociais pode ser refutada a partir de três argumentos: (I) o notório déficit democrático das próprias instituições representativas; (II) a adequada compreensão sobre o significado da democracia; (III) a natureza normativa da Constituição.

O processo eleitoral, no Brasil, somente é democrático sob o ponto de vista formal. As eleições são extremamente caras, de modo que a maior parte do povo, destituída de recursos, não tem condições de participá-lo em condições reais de vitória. Geralmente, os compromissos assumidos em relação ao financiamento da campanha eleitoral comprometem o exercício do mandato em favor dos excluídos, mas sim dos grandes grupos que “investiram” no candidato, especialmente por influência dos grandes meios de comunicação<sup>50</sup>[35]. Assim, as promessas constitucionais, na prática, não são cumpridas por quem deveria concretizá-las, fato que, aliado aos escândalos envolvendo corrupção e à falta de ideologia transparente dos partidos políticos, acarreta uma crise de confiança e legitimidade em relação aos representantes do Legislativo e Executivo. Há uma crise, pois, da democracia representativa.

O aparecimento dos direitos sociais, como se sabe, encontra-se atrelada à reivindicação de grupos em relação a uma política emancipatória envolvendo temas como saúde, educação, trabalho, assistência e previdência social e moradia, dentre outros, cujos meios e instrumentos de concretização são eleitos pelo Legislador e efetivados pelo Administrador, normalmente, como forma de respeito ao princípio da isonomia e promoção da dignidade humana. Nos países em via de desenvolvimento, todavia, nem sempre o Estado, por meio dessas funções (legislativa e administrativa), desincumbe-se desta missão de concretizar os direitos sociais através de políticas públicas, especialmente pelo fato de que os mesmos encontram-se deduzidos em normas (“programáticas”) de textura aberta e vaga, o que reclama uma pronta atuação do Judiciário.<sup>51</sup>[36]

Pode-se concluir, nesse contexto, com base na lição de Andreas J. Krell, que quanto menor o nível de organização e atuação da sociedade para participar e influenciar na formação da vontade política, como é o caso brasileiro, maior é a responsabilidade judicial em relação à concretização e ao cumprimento das normas constitucionais, especialmente as que possuem uma alta carga valorativa e ideológica<sup>52</sup>[37].

É possível dizer, agora com amparo na doutrina de Cláudio Pereira de Souza Neto<sup>53</sup>[38], que a atuação judicial, a depender da maior confiança ou não da sociedade em relação aos juízes, observará um modelo “particularista” ou formalista. Entende-se que, no primeiro caso, como os juízes possivelmente consideram peculiaridades que o legislador, ao editar normas gerais e abstratas, não é capaz de prever, tende a produzir decisões mais justas, criadas a partir da teoria dos princípios. Já no segundo modelo, que vincula o juiz à aplicação da lei, por diminuir a discricionariedade judicial, tende a produzir maior segurança jurídica. A questão não seria propriamente de interpretação (constitucional), mas sim de uma *decisão política*, demandando, para sua superação, uma avaliação contextual, especialmente quando há no texto constitucional comandos normativos que servem para legitimar tanto a atuação como a abstenção do Judiciário em relação a políticas públicas. Impõe-se, assim, delimitar

os parâmetros de atuação judicial nessa área, para, mediante interpretações normativamente autorizadas, viabilizar-se a efetividade dos direitos sociais, sem prejuízo dos princípios democrático e da separação dos poderes.

Essa atividade política dos juízes, inerente à jurisdição constitucional, entretanto, reiteradamente tem sua legitimidade questionada. No particular, duas correntes, dissonantes, apresentam-se: o *procedimentalismo* e o *substancialismo*.

O procedimentalismo critica a invasão da política e da sociedade pelo Direito<sup>54</sup>[39]. Questionando os limites axiológicos da Constituição, sustenta que o estabelecimento de condutas deve ocorrer não pelo Judiciário, mas sim pelos demais Poderes, dotados de representação democrática. Sustenta que a interpretação constitucional deve ser sempre no sentido de garantir e proteger um processo de elaboração democrática do Direito, atendendo às expectativas das minorias, reservando aos cidadãos, através do processo político, a compreensão de seus problemas e a maneira de enfrentá-los. Nessa perspectiva, o controle de constitucionalidade só poderia tratar de questões de participação, e não dos méritos substantivos das decisões políticas impugnadas<sup>55</sup>[40].

Assim, segundo a vertente procedimentalista, para não incorrer em imparcialidade e debilitar a democracia representativa, a jurisdição deve se limitar a corrigir eventuais desvios no processo de representação popular, a fim de assegurar a efetiva participação do povo no poder, inclusive com representação das minorias<sup>56</sup>[41]. Enfim, como sustenta Habermas, o Tribunal Constitucional não deve ser um guardião de valores substanciais, deve ficar limitado à tarefa de compreender procedimentalmente a Constituição, ou seja, deve limitar-se a proteger um processo de criação democrática do direito<sup>57</sup>[42].

Essa democracia idealizada pelos procedimentalistas não é compatível com a sociedade brasileira, na qual a larga maioria do povo ainda não está preparada para o exercício pleno da cidadania, pois lhe falta direitos sociais básicos, como educação de qualidade e saúde<sup>58</sup>[43]. Assim, ganha destaque a corrente substancialista, que, de início, considera, corretamente, que a ascensão (política e científica) da Constituição conduziu-a ao centro do sistema jurídico, de onde irradia a sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. A Constituição desempenha, assim, uma função de *filtragem constitucional* de todo o direito infraconstitucional, não apenas como parâmetro de validade, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema, inclusive contra as investidas das maiorias eventuais<sup>59</sup>[44]. Parte da premissa que o Poder Judiciário não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade, pelo contrário deve assumir uma postura intervencionista, a fim de satisfazer todos os direitos fundamentais, normas superiores da ordem jurídica.

Adota-se, neste trabalho, uma posição de equilíbrio entre essas correntes, para se evitar o formalismo, de um lado, e, de outro, o arbítrio judicial. Como regra, devem-se respeitar os processos de criação do direito pelo exercício da democracia representativa, mas, se os representantes populares incorrerem em ações ou omissões inconstitucionais, incumbe ao Judiciário, nos limites de significação dos enunciados normativos, e considerando o contexto histórico, concretizar a Constituição, em atuação de certo modo revestida de excepcionalidade.

No Brasil, deve-se adotar a adequada ideia de que a Constituição não disciplina apenas *meios*, mas cuida de *fins* aptos a superar as desigualdades regionais (art. 3º da CF), tendo, por isso, uma feição dirigente no sentido de estabelecer as linhas de atuação para a política, a fim de ampliar os espaços de cidadania, resgatando o papel transformador do Direito e do Estado. Observe-se que a adoção da vertente procedimentalista, no Brasil, favoreceria, na prática, a manutenção de injustificáveis privilégios e desigualdades, o que não condiz com o paradigma do Estado Democrático de Direito. 60[45]

Demais disso, na linha do que preleciona Gustavo Binbenbojm, os direitos fundamentais, como condições estruturantes da própria democracia, devem “[...] ficar à margem das disputas políticas, sob a proteção de um órgão independente e capaz de subordinar os demais poderes à autoridade moral e intelectual de suas decisões”, que sempre se submete à crítica intersubjetiva, seja pela via recursal, seja pela imprensa, seja por qualquer cidadão interessado<sup>61</sup>[46].

Observe-se que, diante da complexidade e do pluralismo caracterizadores da sociedade atual, não obstante haja um consenso sobre as regras procedimentais do jogo de concretização jurídica, é natural a existência de dissenso quanto ao conteúdo das decisões normativas<sup>62</sup>[47], exigindo-se, apenas, que o mesmo, para não incorrer em flagrante ilegitimidade, seja construído dentro de uma racionalidade amparada em bases constitucionais e comunitárias, inclusive no âmbito do STF<sup>63</sup>[48]. Assim, ao decidir, incumbe ao Poder Judiciário buscar, na medida do possível, o estabelecimento de um consenso ético, fundado em valores compartilhados.

## 5. Aspectos gerais do ativismo judicial

Segundo preleciona Luís Roberto Barroso, *judicialização* é um termo que tem sido empregado para significar que algumas questões políticas e sociais estão sendo decididas no âmbito do Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Parlamento e o Poder Executivo<sup>64</sup>[49].

Trata-se de uma tendência mundial, que, no Brasil, tem como causas preponderantes a *redemocratização*, que teve como ponto culminante a promulgação da atual Constituição, a *constitucionalização abrangente*, tornando constitucionais matérias que antes eram submetidas ao princípio da legalidade ou ao processo político majoritário, e o *sistema misto de controle de constitucionalidade*<sup>65</sup>[50].

É imperioso perceber, entretanto, que *judicialização* e *ativismo judicial*, apesar de serem fenômenos jurídicos que guardam relação de proximidade, são termos que, a rigor, possuem significados distintos, uma vez que, naquele caso, a decisão judicial, sem alternativas, decorre do sistema, do modelo constitucional adotado, ao passo que, neste, há “[...] uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”<sup>66</sup>[51].

O ativismo judicial está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo. Logo, tudo decorre do exercício da jurisdição constitucional, que, não obstante tensões institucionais, no Estado Democrático de Direito, transforma-se na garantia da eficácia dos direitos fundamentais sociais e da própria democracia<sup>67</sup>[52].

Observe-se que, com o reconhecimento da densidade normativa dos direitos sociais, o dogma da separação dos poderes sofreu uma reestruturação completa, tendo como base o cumprimento dos princípios e regras constitucionais. Assim, nas palavras de Walber de Moura Agra, “não há mais função típica ou atípica, mas uma atuação para estabelecer os freios e contrapesos, no sentido de que os mandamentos constitucionais possam ser cumpridos”<sup>68</sup>[53].

Resume, neste ponto, Celso Fernandes Campilongo:

A magistratura ocupa uma posição singular nessa nova engenharia institucional. Além de suas funções usuais, cabe ao Judiciário controlar a constitucionalidade e o caráter democrático das regulações sociais. Mais ainda: o juiz passa a integrar o circuito de negociação política. Garantir as políticas públicas, impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais, enfrentar o processo de desinstitucionalização dos conflitos – apenas para arrolar algumas hipóteses de trabalho – significa atribuir ao magistrado uma função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva. Aplicar o direito tende a configurar-se, assim, apenas num resíduo da atividade judiciária, agora também combinada com a escolha de valores e aplicação de modelos de justiça.<sup>69</sup>[54]

Segundo Luís Roberto Barroso, a postura ativista, normalmente, manifesta-se nas seguintes condutas: (I) “a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário”; (II) “a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição”; (III) “a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de

políticas públicas”70[55].

Revela-se oportuno perceber, com base na lição de Gustavo Binenbojm, que o Estado Democrático de Direito é a síntese histórica de duas ideias originariamente antagônicas: a *democracia*, fundada na soberania popular, e o *constitucionalismo*, ligado à limitação de poder. A democracia constitucional, proclamada atualmente como o regime político ideal, “[...] vive sob o influxo de uma tensão latente entre a vontade majoritária e a vontade superior expressa na Constituição”. Assim, a jurisdição constitucional é uma instância de *poder contramajoritário*, pois, fundada na ideia da supremacia da Constituição, limita o espaço decisório dos agentes políticos eleitos pelo povo, quando a decisão política contrariar princípios e direitos considerados como *inalienáveis* pelo poder constituinte originário, os quais são tidos como condições estruturantes e essenciais ao bom funcionamento do próprio regime democrático. A função da jurisdição constitucional, pois, “[...] é mesmo a de anular determinados atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos”, quando ofensivos à Constituição, sendo que essa “[...] intervenção se dá *a favor*, e não contra a democracia”.71[56]

O ativismo judicial, que não é característica exclusiva do direito brasileiro, tem sido marcante em relação às decisões do STF, as quais estão cada vez mais presentes na mídia, em virtude da relevância dos temas nelas versados. Oscar Vilhena Vieira, para demonstrar a expansão de autoridade do STF, chega a falar em “supremocracia” e aponta as causas da sua construção institucional: (I) a ambição constitucional, ao tratar de todos os temas, gerando uma explosão da litigiosidade em torno da Carta Magna; (II) as competências superlativas do STF, que, na função de guardião constitucional, teve ampliado um elenco de demandas apreciadas em única instância, bem como a possibilidade de atuar como instância recursal72[57]. A instituição da repercussão geral no recurso extraordinário e da Súmula Vinculante, apesar de diminuir a quantidade de processos apreciados pelo STF, concentra ainda mais os poderes do STF nas questões essenciais da sociedade73[58].

Embora se tenha entendido que o deslocamento da autoridade do sistema representativo para o Judiciário é, antes de tudo, uma consequência do avanço das Constituições rígidas, dotadas de sistema de controle de constitucionalidade, já se vislumbram reações do Congresso Nacional em relação a essa atuação do STF. De todo modo, a ele, STF, incumbe à última interpretação da Constituição, que, no Estado Democrático de Direito, tem duas funções importantes, quais sejam, o *estabelecimento das regras do jogo democrático*, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância de poder, e, como a democracia não se resume ao princípio majoritário, *proteger valores e direitos fundamentais*, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos74[59].

É inegável que os direitos sociais têm função normativa75[60], mas esse fato, por si, revela-se insuficiente para garantir a sua proteção judicial *plena*, pois muitas vezes esse fato depende de condições materiais que escapam da alçada do Poder Judiciário, principalmente em virtude da vagueza e indeterminação dos preceitos que os preveem. Necessita-se, dessa forma, de uma intermediação legislativa para a exata delimitação dos seus contornos e definição das políticas públicas adequadas à concretização dos seus objetivos constitucionais.

Deve-se perceber, contudo, que, se o Legislador ultrapassar as margens desse seu poder de conformação ou se constatar omissões administrativas injustificáveis, o Poder Judiciário, como instância última do cidadão, pode desempenhar um controle de constitucionalidade no caso concreto, restabelecendo a ordem jurídica76[61]. Esse fato fere o regime democrático? É o que se pretende responder no tópico seguinte.

## 6. Conclusão: o ativismo judicial como elemento necessário ao desenvolvimento da democracia

Como entende Fábio Konder Comparato, “[...] a inconstitucionalidade de uma política governamental pode ocorrer não apenas em razão de sua própria finalidade, mas também por efeito dos meios ou instrumentos escolhidos para a sua realização”77[62]. Esse controle judicial não afronta a democracia78[63]. Pelo

contrário, como regime de governo adequado ao respeito à dignidade da pessoa humana através da tutela dos direitos fundamentais, reclama-se nela a efetividade dos direitos sociais, para que não haja supressão da própria liberdade.

Os direitos sociais conformam a estrutura básica do regime democrático, já que através deles, a começar pelo direito à educação, o cidadão adquire a capacidade de interferir nos destinos da comunidade em que vive<sup>79</sup>[64]. Conforme preconiza José Alfredo de Oliveira Baracho, “a democracia implica a participação dos cidadãos, não apenas nos negócios públicos, mas na realização de todos os direitos e garantias consagrados na Constituição e nos diversos segmentos do ordenamento jurídico global”<sup>80</sup>[65].

Assim, na lição de José Reinaldo de Lima Lopes, ao Judiciário, no Estado Democrático e Social de Direito, incumbe resolver a seguinte encruzilhada: “garantir as regras do jogo, mas de um jogo que sirva para ampliar liberdade e igualdade”<sup>81</sup>[66]. Pode-se dizer, portanto, que, em contexto de exclusão social, não obstante o respeito à liberdade de conformação do legislador, o princípio democrático não impede a proteção judicial aos direitos sociais<sup>82</sup>[67].

Nesse campo, a democracia, que não significa apenas o governo da maioria, não repele, ao contrário, reclama pronta atuação do Judiciário, que deve atuar como guardião da dinâmica representação majoritária *versus* pensamento minoritário, protegendo “[...] a maioria permanente (Constituinte) contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporária (legislatura)”<sup>83</sup>[68].

Ao Judiciário, a partir da Constituição, incumbe criar mecanismos de institucionalizar a democracia crítica, no sentido de tirar o povo da passividade e da mera reatividade, para que ele seja uma força ativa, com capacidade de iniciativa de projetos políticos elaborados por si mesmo, ou seja, um povo que seja sujeito da política, e não seu objeto ou instrumento, objetivo que, certamente, passa pela maximização dos direitos sociais<sup>84</sup>[69].

Nesse contexto, sempre com prudência e razoabilidade, ao juiz é permitido o controle de constitucionalidade quanto à omissão ou insuficiência de uma política pública essencial aos fins constitucionais, bem como a verificação dos motivos que levaram à respectiva situação e da existência de lesão (ou não) dos direitos sociais no caso concreto<sup>85</sup>[70].

Certo é que a formulação de políticas públicas, a criação de procedimentos e a ordenação de despesas são ações estatais que não se amoldam à função jurisdicional tradicional<sup>86</sup>[71], mas a sua atuação nessa área revela-se extremamente importante para o aperfeiçoamento da democracia brasileira. A concepção de Estado de Direito centrada nos direitos, portanto para além do texto legal, enriquece a democracia ao acrescentar um fórum independente<sup>87</sup>[72]. É que, ainda que o Judiciário não deva ser o palco normal das discussões a respeito de políticas públicas, as suas decisões, inclusive com reflexos orçamentários consideráveis, têm tido a vantagem de trazer o debate para a arena política, acarretando, na prática, a reformulação de práticas insuficientes e a criação de outras, sobretudo naqueles setores em que o Poder Público, tradicionalmente, mantinha-se inconstitucionalmente omissos<sup>88</sup>[73].

“Ativismo judicial”, dessa forma, é uma expressão que, na sociedade contemporânea, deve associar-se a outras expressões sociais, a exemplo de “ativismo de cidadania” ou “ativismo dos direitos humanos”. Deve-se ter em mente, na lapidar lição de José Renato Nalini, que “o juiz exerce uma função em que a concretização dos direitos fundamentais é rotina e precisa estar consciente de que dele depende a etapa mais séria dessa doutrina: a sua efetiva implementação”<sup>89</sup>[74].

A efetivação dos direitos sociais, desse modo, como fator responsável pelo aprimoramento da própria democracia, depende de uma postura crítica do interprete quanto à força normativa da Constituição, a qual

deve ser de sensibilidade psicológica, sensatez e humanismo, algo que transcende uma linha de pensamento meramente lógico-formal ou de tecnicismos desconectados com a realidade.

Em países carentes de políticas sociais efetivas, além de marcados pela forte corrupção no processo político e na realização dos fins estatais, como é o caso do Brasil, é fundamental a presença de juízes comprometidos com o “sentimento constitucional”, especialmente em relação ao adequado sentido dos textos que tratam das normas de direitos sociais. Enfim, em um país em que as estruturas políticas e a democracia são mais formais do que reais, em que os direitos humanos só são concretizados na exata conveniência e capacidade de resistência das elites, o ativismo judicial, adequadamente empregado, além de contribuir para o aprimoramento da democracia, em especial quando estende os efeitos dos direitos fundamentais aos excluídos, não só é desejável, mas necessário<sup>90</sup>[75].

## 7. Referências bibliográficas

- ABBAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- AGRA, Walber de Moura. “Direitos sociais”. *Tratado de Direito Constitucional*. Coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 1.
- AMARAL, Francisco. “O Direito Civil na pós-modernidade”. *Direito Civil: atualidades*. Coordenação de César Fiuza, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves. Belo Horizonte: DelRey, 2003.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. – 4ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. – 3ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Manual de interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judicial*. São Paulo: RT, 2009.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico”. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. José Eduardo Faria organizador. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. “A eficácia dos direitos fundamentais sociais”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, RT, ano 14, vol. 54, jan.-mar. 2006.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Ética: Direito e Moral no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- CUNHA, Wladimir Alcibiades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007.
- DELGADO, José Augusto. “Ativismo judicial. O papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea”. *Processo Civil: novas tendências. Estudos em homenagem a Humberto Theodoro Júnior*. Coordenadores Fernando Gonzaga Jaime, Juliana Cordeiro de Faria e Maira Terra Lauer. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FARIA, José Eduardo. “O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para avaliação da justiça brasileira”.
-

- Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. José Eduardo Faria organizador. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Poder e legitimidade: uma introdução à política do direito*. São Paulo: Perspectiva, 1978.
- FIGUEIREDO, Marcelo. “O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – uma visão geral”. *Revista de Direito do Estado*, ano 2, n. 7, Rio de Janeiro, Renovar, jul.-set. 2007.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Fábio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, vol. I.
- KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: SAFE, 2002.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. “Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito”. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. José Eduardo Faria organizador. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MAIOLINO, Eurico Zecchin. “Desafios à efetividade dos direitos fundamentais”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 99, vol. 893, março de 2010.
- MARQUES, Rafael da Silva. *Valor social do trabalho, na ordem econômica, na Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: LTr, 2007.
- MARTINS-COSTA, Judith. “Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo”. *A reconstrução do Direito Privado*. Organizadora: Judith Martins-Costa. São Paulo: RT, 2002.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- NALINI, José Renato. “Protagonismo ético judicial e perspectivas do Judiciário no século XXI”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 98, vol. 889, nov. 2009.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Receitas públicas originárias*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. “O Estado Constitucional Solidarista: estratégias para sua efetivação”. *Tratado de Direito Constitucional*. Coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 1.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. “Direitos humanos e o princípio da dignidade humana”. *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. Organizador George Salomão Leite. São Paulo: Malheiros, 2003.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. – 5ª ed. rev. e atual. – São Paulo: RT, 2011.
- SARMENTO, Daniel. “A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos”. *Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos & Direitos Fundamentais*. – 4ª ed. ampl., rev. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2010.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “A judicialidade dos direitos fundamentais: críticas e parâmetros”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- \_\_\_\_\_. “Uma abordagem hermenêutica acerca do triângulo dialético de Canotilho ou de como ainda é válida a tese da Constituição dirigente (adequada a países de modernidade tardia)”. *Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. Coordenação de George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. São Paulo: RT, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da produção do Direito*. – 4ª ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. – 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Método, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. 2ª tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. “A desigualdade e a subversão do Estado de Direito”. *Estado de Direito e o desafio do desenvolvimento* / Oscar Vilhena Vieira e Dimitri Dimoulis organizadores. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. “Supremocracia”. *Revista Direito GV*, São Paulo. Jul.-dez. 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. – 4ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Tradução de Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.

## NOTAS

[1] AMARAL, Francisco. “O Direito Civil na pós-modernidade”. *Direito Civil: atualidades*. Coordenação de César Fiuza, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves. Belo Horizonte: DelRey, 2003, pp. 70-71.

[2] CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico”. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. José Eduardo Faria organizador. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 45.

[3] CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 50.

[4] TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. 2ª tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 163-164.

[5] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da produção do Direito*. – 4ª ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 38.

[6] BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 203.

[7] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 65.

[8] FARIA, José Eduardo. “O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para avaliação da justiça brasileira”. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. José Eduardo Faria organizador. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 95.

[9] MARQUES, Rafael da Silva. *Valor social do trabalho, na ordem econômica, na Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: LTr, 2007, p. 30.

[10] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. – 5ª ed. rev. e atual. – São Paulo: RT, 2011, pp. 81-82.

[11] OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Receitas públicas originárias*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 12.

[12] PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 153-154.

[13] PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 339-338.

[14] STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 96-101.

[15] PIOVESAN, Flávia. “Direitos humanos e o princípio da dignidade humana”. *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. Organizador George Salomão Leite. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 197.

[16] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 63.

- [17] MORAES, Maria Celina Bodin de. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 10-11.
- [18] TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. – 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Método, 2011, p. 63.
- [19] CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judicial. São Paulo: RT, 2009, p. 501.
- [20] Oscar Vilhena Vieira, corretamente, advoga a tese de “[...] que a exclusão social e econômica, decorrente de níveis extremos e duradouros de desigualdade, destrói a imparcialidade da lei, causando a invisibilidade dos extremamente pobres, a demonização daqueles que desafiam o sistema e a imunidade dos privilegiados, aos olhos dos indivíduos e das instituições. Em suma, a desigualdade socioeconômica extrema e persistente corrói a reciprocidade, tanto em seu sentido moral quanto como interesse mútuo, o que enfraquece a integridade do Estado de Direito” (“A desigualdade e a subversão do Estado de Direito”. Estado de Direito e o desafio do desenvolvimento / Oscar Vilhena Vieira e Dimitri Dimoulis organizadores. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 207-208).
- [21] TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. – 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Método, 2011, p. 128.
- [22] MORAES, Maria Celina Bodin de. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 263-265.
- [23] MARTINS-COSTA, Judith. “Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo”. A reconstrução do Direito Privado. Organizadora: Judith Martins-Costa. São Paulo: RT, 2002, p. 620.
- [24] COMPARATO, Fábio Konder. Ética: Direito e Moral no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 579.
- [25] OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. “O Estado Constitucional Solidarista: estratégias para sua efetivação”. Tratado de Direito Constitucional. Coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 1, p. 103.
- [26] BERCOVICI, Gilberto. Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 110.
- [27] WOLKMER, Antonio Carlos. Ideologia, Estado e Direito. – 4ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2003, p. 80.
- [28] COMPARATO, Fábio Konder. Ética: Direito e Moral no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 25.
- [29] NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. XIX.
- [30] WOLKMER, Antonio Carlos. Ideologia, Estado e Direito. – 4ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2003, p. 80.
- [31] WOLKMER, Antonio Carlos. Ideologia, Estado e Direito. – 4ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2003, p. 81.
- [32] Deve-se observar, com base na lição de Uadi Lammêgo Bulos, que “[...] a experiência demonstra que as questões políticas e as questões jurídicas consignam aspectos integrantes de uma mesma realidade, não havendo como considerá-las totalmente distintas e equidistantes. Ao invés, constituem duas dimensões incidíveis dos problemas constitucionais. Qualquer pretensão no sentido de segregá-las é cair na unilateralidade, prestigiando-se, tão-somente, um dos lados, quando, em verdade, urge qualificá-las em conjunto, pois um Tribunal Constitucional ora desempenha funções político-jurisdicionais, ora exerce funções jurisdicionais-políticas” (Manual de interpretação constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 107-108).

- [33] FARIA, José Eduardo. Poder e legitimidade: uma introdução à política do direito. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 123.
- [34] SARMENTO, Daniel. “A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos”. Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos & Direitos Fundamentais. Organizador Marcelo Novelino. – 4ª ed. ampl., rev. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2010, pp. 394-405.
- [35] WOLKMER, Antonio Carlos. Ideologia, Estado e Direito. – 4ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2003, pp. 92-94.
- [36] MAIOLINO, Eurico Zecchin. “Desafios à efetividade dos direitos fundamentais”. Revista dos Tribunais, São Paulo, RT, ano 99, vol. 893, março de 2010, pp. 53-55.
- [37] KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: SAFE, 2002, p. 70.
- [38] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “A judicialidade dos direitos fundamentais: críticas e parâmetros”. Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 517-519.
- [39] STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da produção do Direito. – 4ª ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 41.
- [40] ELY, John Hart. Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 243.
- [41] CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judicial. São Paulo: RT, 2009, p. 282.
- [42] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Fábio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, vol. I, pp. 330-354.
- [43] CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judicial. São Paulo: RT, 2009, p. 285.
- [44] STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da produção do Direito. – 4ª ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 45.
- [45] STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 22-25.
- [46] BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização. – 3ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 118.
- [47] NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 212-213.
- [48] Na lição de Álvaro Ricardo de Souza Cruz, “ao Supremo recomenda-se humildade. É preciso frisar: ele não é o guardião da Constituição. Ele deve ver-se como um de seus guardiões, e estar consciente desta condição. Dialogar, perguntar, indagar, colocar de público suas dúvidas, certamente possibilitará decisões muito mais legítimas e acatadas por todo o Judiciário e pela sociedade brasileira” (Jurisdição constitucional democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 449).
- [49] BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. – 4ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 332.
- [50] BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. – 4ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 332-333.

- [51] BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. – 4ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 335.
- [52] STRECK, Lenio Luiz. “Uma abordagem hermenêutica acerca do triângulo dialético de Canotilho ou de como ainda é válida a tese da Constituição dirigente (adequada a países de modernidade tardia)”. Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. Coordenação de George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. São Paulo: RT, 2009, p. 77.
- [53] AGRA, Walber de Moura. “Direitos sociais”. Tratado de Direito Constitucional. Coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 1, p. 535.
- [54] CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico”. Direitos humanos, direitos sociais e justiça. José Eduardo Faria organizador. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 49.
- [55] BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. – 4ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 335.
- [56] BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira – legitimidade democrática e instrumentos de realização. – 3ª ed. rev., ampl. e atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 278.
- [57] VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. Revista Direito GV, São Paulo. Jul.-dez. 2008, pp. 446-450.
- [58] VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. Revista Direito GV, São Paulo. Jul.-dez. 2008, p. 450.
- [59] BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. – 4ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 339-340.
- [60] ABBAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Trotta, 2002, p. 37.
- [61] MAIOLINO, Eurico Zecchin. “Desafios à efetividade dos direitos fundamentais”. Revista dos Tribunais, São Paulo, RT, ano 99, vol. 893, março de 2010, p. 56.
- [62] COMPARATO, Fábio Konder. Rumo à Justiça. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 297.
- [63] Conforme preleciona José Eduardo Faria, “a democracia é o regime dos sistemas abertos, ou seja, aqueles que procuram garantir a manutenção das regras do jogo, a sobrevivência dos textos constitucionais, a impessoalidade e o rodízio de poder, e a ação dos diferentes grupos sociais, sem a eliminação das partes descontentes e da maneira menos coercitiva possível” (Poder e legitimidade: uma introdução à política do direito. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 62).
- [64] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “A judicialidade dos direitos fundamentais: críticas e parâmetros”. Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 524.
- [65] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 63.
- [66] LOPES, José Reinaldo de Lima. “Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito”. Direitos humanos, direitos sociais e justiça. José Eduardo Faria organizador. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 142.
- [67] SARMENTO, Daniel. “A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos”. Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos & Direitos Fundamentais. Organizador Marcelo Novelino. – 4ª ed. ampl., rev. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2010, pp. 402-403.
- [68] CLÈVE, Clémerson Merlin. “A eficácia dos direitos fundamentais sociais”. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, RT, ano 14, vol. 54, jan.-mar. 2006, p. 36.

[69] ZAGREBELSKY, Gustavo. A crucificação e a democracia. Tradução de Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 143.

[70] FIGUEIREDO, Marcelo. “O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – uma visão geral”. Revista de Direito do Estado, ano 2, n. 7, Rio de Janeiro, Renovar, jul.-set. 2007, pp. 239-240.

[71] SARMENTO, Daniel. “A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos”. Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos & Direitos Fundamentais. Organizador Marcelo Novelino. – 4ª ed. ampl., rev. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 402.

[72] DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 38-39.

[73] MAIOLINO, Eurico Zecchin. “Desafios à efetividade dos direitos fundamentais”. Revista dos Tribunais, São Paulo, RT, ano 99, vol. 893, março de 2010, p. 57.

[74] NALINI, José Renato. “Protagonismo ético judicial e perspectivas do Judiciário no século XXI”. Revista dos Tribunais, São Paulo, RT, ano 98, vol. 889, nov. 2009, p. 21.

[75] DELGADO, José Augusto. “Ativismo judicial. O papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea”. Processo Civil: novas tendências. Estudos em homenagem a Humberto Theodoro Júnior. Coordenadores Fernando Gonzaga Jaime, Juliana Cordeiro de Faria e Maira Terra Lauar. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, pp. 322 e 330.

A Revista Cognitio Juris não se responsabiliza pelos ideários, conceitos, apreciações, julgamentos, opiniões e considerações lançados nos textos dos artigos. Os textos são de inteira e exclusiva responsabilidade de seus autores.