



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A crise de Legitimidade do Poder Judiciário

Caroline de Souza Rosa Petraglia

Rio de Janeiro  
2013

CAROLINE DE SOUZA ROSA PETRAGLIA

**A crise de Legitimidade do Poder Judiciário**

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:  
Mônica Areal  
Néli Luiza C. Fetzner  
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2013

## A CRISE DE LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

Caroline de Souza Rosa Petraglia

Graduada pela Faculdade de Direito Candido Mendes. Advogada inscrita na OAB/RJ sob o n 173.915. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

**Resumo:** O presente trabalho tem por escopo analisar a crise de legitimidade do poder judiciário por conta do crescente movimento dos magistrados na concretização dos valores e fins constitucionais, chamado de ativismo judicial e politização do poder judiciário. Há causas de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas é a importância de um judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência operou-se uma grande ascensão institucional de juízes e tribunais. A segunda causa envolve a desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos. O enfoque da abordagem será a grande expansão da intervenção judicial nas relações sociais culminando na crise de legitimidade do poder Judiciário. Para a análise das questões, utilizar-se-á metodologia bibliográfica. No Brasil, o fenômeno assumiu uma proporção maior por conta da constitucionalização do direito de forma abrangente e analítica. Como consequência quase todas as questões de relevância política, social ou moral foram discutidas ou estão postas à apreciação judicial.

**Palavras-chave:** Judicialização da política. Ativismo Judicial. Críticas e justificações à expansão da intervenção judicial na vida brasileira.

**Sumário:** Introdução. 1. Judicialização da política e o ativismo social: solução de grande parte dos problemas sociais. 2. A razão da ascensão institucional do poder Judiciário. 3. Ativismo judicial como uma postura dos magistrados e os problemas conjunturais. 4. A teoria da reserva do possível como limitador de direitos fundamentais. 5. Mutação Constitucional como forma de ativismo. Conclusão. Referências

## INTRODUÇÃO

Busca-se com o presente trabalho analisar a atuação do poder judiciário, frente às grandes polêmicas sociais. Sabe-se que questões atuais de grande densidade social estão sendo discutidas por juízes e tribunais superiores, notadamente, pelo Supremo Tribunal Federal. Em virtude disso, vislumbra-se uma verdadeira mutação constitucional no que se refere às suas competências funcionais, gerando a chamada falta de legitimidade em suas decisões dotadas de ativismo judicial.

Há um verdadeiro embate de princípios constitucionais, uma vez que, se há de um lado o princípio da inafastabilidade do poder judiciário, de outro, há o princípio da separação dos poderes.

Em virtude da crise de representatividade dos Poderes Legislativo e Executivo, restou ao poder judiciário o papel de agente concretizador dos direitos e garantias fundamentais, culminando assim, na ascensão judicial na esfera política.

Será demonstrado, que as críticas apontadas por parte doutrina não prosperam, uma vez que a atribuição e guarda da Constituição Federal foi reservada ao poder Judiciário, notadamente, ao Supremo Tribunal Federal. Tal competência constitucional foi atribuída pelo próprio poder constituinte originário, pelo que, como será visto, em nada padecerá de ilegitimidade as decisões judiciais dotadas de ativismo judicial.

Para abordar o presente estudo, a metodologia adotada é com base em pesquisa bibliográfica.

Ao longo da análise das questões que serão trazidas, será comprovado que o ativismo judicial não é um problema a ser solucionado, mas sim a solução para grande parte dos problemas sociais oriundos das omissões governamentais. E, ainda, será

demonstrado que o poder judiciário é o agente protetor das minorias oprimidas pela “ditadura” das maiorias.

## **1. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO SOCIAL: SOLUÇÃO DE GRANDE PARTE DOS PROBLEMAS SOCIAIS**

Por conta da crise de legitimidade do poder legislativo e após longo período de ditadura militar, verifica-se, que o ativismo judicial assumiu no Brasil, um papel altamente fundamental à efetivação dos direitos e garantias fundamentais. No entanto, parte da doutrina <sup>1</sup> alega que as decisões judiciais proferidas em sede de ativismo padecerão de legitimidade popular, porque a interpretação constitucional legislativa não deve ser descartável, cabendo ao legislador firmar entendimentos consistentes sobre o significado da constituição.

O ativismo judicial<sup>2</sup> se caracteriza como um modo proativo de interpretação constitucional pelo poder judiciário, de modo que, não raro, os magistrados, na solução de controvérsias, vão além, do caso concreto em julgamento e criam novas construções constitucionais, ou seja, é uma forma de interpretação constitucional criativa, que pode chegar até a constitucionalizar direitos, pelo que, trata-se de uma forma especial de interpretação construtiva.

Com o advento do Estado Constitucional de direito, os cidadãos cada vez mais procuram a concretização de seus direitos por meio da tutela jurisdicional. Em virtude

---

<sup>1</sup> MENDES. Conrado Hubner. *Controle de Constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.193.

<sup>2</sup>SILVA. Jose Afonso da. O ativismo Judicial em seminário na OAB. Disponível em : <[www.oab.org.br/noticia/25758/jose-afonso-da-silva-aborda-o-ativismo-judicial-em-seminario-da-oab](http://www.oab.org.br/noticia/25758/jose-afonso-da-silva-aborda-o-ativismo-judicial-em-seminario-da-oab)> Acesso em : 12 jun.2013.

do princípio da inafastabilidade do poder judiciário, o magistrado ao decidir a demanda acaba por se imiscuir muitas das vezes, na esfera de competência administrativa e legislativa.

O neoconstitucionalismo, nascido no segundo pós-guerra e, que adotou, como modelo de Estado, o Democrático de Direito incorporado pelo ordenamento jurídico pátrio, teve o intuito de instrumentalizar e dar eficácia ao conteúdo dirigente das normas constitucionais, resultando em uma constituição analítica com texto constitucional denso em direitos sociais.

Disso resulta que, além, da concretização dos direitos fundamentais e na tentativa de trazer equilíbrio às disparidades sociais, o Estado Democrático de Direito também, implica na ampliação do acesso à justiça.

Na doutrina pátria <sup>3</sup> é conceituado como sendo uma postura a ser adotada pelo magistrado, que o leva ao reconhecimento da sua atividade como elemento fundamental para o eficaz e efetivo exercício da atividade jurisdicional.

Como se vê, esse movimento ativo pelo juiz traz à baila a quebra de toda uma cultura jurídica, no tocante à educação, até então, amparada no positivismo jurídico o qual impôs, durante gerações, graves limitações ao cenário jurídico pátrio, consubstanciado na aplicação mecânica das regras jurídicas.

Sabe-se, que, questões atuais de grande densidade social estão sendo decididas pelos Tribunais e notadamente pelo Supremo Tribunal Federal, realizando uma verdadeira mutação constitucional, no que tange às suas competências funcionais.

---

<sup>3</sup> Ativismo judicial é expressão criada nos Estados Unidos e possui conotação negativa sendo equiparada ao exercício improprio do poder judiciário.

O grande crescimento institucional do judiciário se deu em virtude da crise de representatividade dos poderes Legislativo e Executivo, restando ao judiciário o papel de agente concretizador dos direitos fundamentais.

Há causas diversas para o fenômeno da judicialização da política, para alguns autores<sup>4</sup>, a judicialização da política decorre do sistema misto de controle de constitucionalidade, que permite a declaração de inconstitucionalidade tanto pela via incidental, por qualquer magistrado ou tribunal, os quais estão autorizados a não aplicar, no caso concreto, lei ou ato normativo considerado inconstitucional; quanto pela via concentrada, a partir da análise abstrata de leis ou atos normativos diretamente pelo Supremo Tribunal Federal.

Outra causa é a importância de um judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais por conta da desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos.

No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização do direito de forma abrangente e analítica. Dessa forma, em última análise, implica em retirar um determinado tema do debate unicamente político e trazê-lo para o debate das pretensões judiciáveis. Como consequência, quase todas as questões de relevância política, social ou moral foram discutidas ou estão postas à apreciação judicial.

---

<sup>4</sup>VIEIRA. Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.4, n.2 p. 448, jul./dez.2008.

O ativismo Judicial, não distancia juízes e tribunais de sua função típica de aplicação das normas vigentes, mas os aproxima de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito, nos casos de lacunas legislativas, o que modernamente é percebido e aceitável com a constitucionalização do direito. Pelo que, o cidadão não pode ser penalizado por conta das omissões legislativas.

Percebe-se, pois, que princípio da separação dos poderes permanece indelével, pelo que, não há que se falar em prevalência ou preponderância do Poder Judiciário em relação aos Poderes Executivo e Legislativo, uma vez que, o Poder Judiciário não se sobrepõe a eles, mas apenas cumpre seu dever constitucional de proteger e concretizar as normas insculpidas na CRFB/88, atuando como garantidor de um mínimo para a realização do Estado Social. Trata-se, portanto, de dar fiel cumprimento ao princípio da dignidade da pessoa humana.

No direito comparado<sup>5</sup> há severas críticas quanto à posição ativista dos magistrados, principalmente, quando se fala em orçamento e reserva do possível, uma vez que compete tão somente ao poder executivo implementar as políticas públicas, e não ao arbítrio do magistrado. Não poderia o tribunal Constitucional assumir uma jurisdição paternalista.

Nesse contexto, a escassez de recursos públicos imporia ao Poder Executivo a realização de escolhas difíceis, porque investir em um determinado setor implica necessariamente, deixar de investir em outro, razão pela qual, não seria possível ao Poder Judiciário imiscuir-se nas questões políticas da Administração Pública.

---

<sup>5</sup> HABERMAS. Jürgen. *Direito e Democracia* – entre facticidade e validade. Vol. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.297-298.



É bom destacar, que o princípio da reserva do possível, não significa a impossibilidade da atuação do poder judiciário, no que tange ao controle de políticas públicas, porque no caso concreto, o magistrado deverá analisar o mínimo existencial do litigante, em uma verdadeira ponderação de interesses.

No Brasil, em contraponto a crítica de Jurgen Habermas, Lenio Streck<sup>6</sup> acerca da intervenção do judiciário se posiciona no seguinte sentido:

Na esteira das teses substancialistas, entendo que o poder judiciário (especialmente a justiça constitucional) deve assumir uma postura intervencionista, longe da postura absenteísta, própria do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira. Importante ressaltar, entretanto, que, no plano do agir cotidiano dos juristas do Brasil, nenhuma das duas teses (procedimentalismo e substancialismo) é perceptível.

## **2. A RAZÃO DA ASCENSÃO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO**

Como é consabido, o país vive de forma latente a crise de legitimidade dos poderes constituídos democraticamente, quais sejam os poderes legislativo e executivo. Dessa forma, verifica-se, que com o advento da Constituição de 1988, houve um processo natural de redemocratização popular e inserção de diversos direitos e garantias fundamentais. Tais direitos são verdadeiras garantias do cidadão face ao Estado, atuando como limitadores de atos arbitrários ou mesmo omissivos do poder público. Nota-se, assim, um arcabouço normativo que confere diversos direitos ditos como núcleo intangível da carta do Estado, não podendo haver reforma por parte dos poderes constituídos.

---

<sup>6</sup>STRECK. Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 48

A ascensão do poder judiciário foi um processo natural ante a ineficiência dos poderes legislativo e judiciário em dar conta de todas as demandas sociais. O maior legitimador da atuação proativa de juízes e tribunais encontra respaldo normativo na própria Constituição Federal, quando o art. 5º, XXXV alude acerca do princípio da inafastabilidade do poder judiciário.

Dessa forma, todas as demandas trazidas ao judiciário não poderão deixar de ser julgadas, uma vez que não é dado ao magistrado deixar de apreciar as demandas que lhe são trazidas, pelo que é direito constitucionalmente assegurado do cidadão ter sua demanda apreciada.

Em sendo assim, com o advento da nova ordem constitucional em 1988, nasce no Brasil, um movimento onde os magistrados e tribunais começam a ser responsáveis na concretização de direitos e garantias fundamentais, uma vez que lhe foram conferidos mecanismos normativos que lhe asseguraram a chamada politização do judiciário.

A constituição traz sustentáculos para realização do ativismo judicial, onde toda e qualquer atuação judicial deverá ser pautada na constituição e nos princípios constitucionais.

Segundo Luís Roberto Barroso <sup>7</sup>:

A jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.

---

<sup>7</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/shared/download/artigo-constituicao-democracia-supremacia-judicial.pdf>>. Acesso em: 07 de mar. 2013.

Hoje, percebe-se que há uma linha tênue que separa o judiciário da esfera política, vez que é dado a este poder controlar os atos normativos dos demais poderes, em especial, a atuação legiferante. Tal função conhecida como judicial review ou controle de constitucionalidade coloca o judiciário na mesma dimensão de importância no aspecto político. Dessa forma, vislumbram-se, dois papéis importantes de atuação do poder Judiciário, quais sejam, o de agente concretizador de direitos e de controlador da constitucionalidade de leis e atos normativos.

Não é dado aos demais poderes alegarem que essa atuação proativa do poder judiciário fere o princípio da separação de poderes, vez que a legitimidade dessa atuação é dada pela própria constituição Federal. Entretanto, a atuação proativa dos magistrados deverá ser balisada à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Isso, significa dizer, que não será tolerada qualquer arbitrariedade, sob pena dessa atuação padecer de legitimidade e mais além, será tida como inconstitucional.

Os casos em que se faz necessário o ativismo judicial são muitos. Em havendo lacuna legislativa em determinada situação em que se faz necessária a previsão legal, como ocorreu no caso do julgamento do reconhecimento da união estável entre casais homoafetivos; nos casos de embate de regras onde o magistrado deverá solucionar o conflito aparente de normas ou nos casos onde há a previsão legal, mas ela se mostra insuficiente e, dentre outros casos, onde a aplicação da lei em determinado caso se mostrar injusta cabendo ao magistrado fazer uso dos princípios constitucionais para dar a melhor resposta ao caso concreto.

Questão que se coloca é a legitimidade na atuação proativa do Judiciário, uma vez que os magistrados não possuem legitimação popular para tanto, sendo certo que no Brasil, adota-se o princípio majoritário na escolha de seus representantes. Disso, decorre

o problema da opressão das minorias em detrimento da vontade da maioria, pelo que nas democracias representativas o que prevalece é a vontade geral.

No entanto, não pode ser esquecido que a atuação judicial no controle de constitucionalidade, bem como na realização dos direitos e garantias fundamentais encontra seu fundamento na própria constituição e, assim, se supera a vontade contra-majoritária, que, por vezes pode ser tirana, excluindo dessa forma, o argumento de que as decisões judiciais em determinados casos padeceriam de legitimidade popular.

Dessa atuação ativista se extrai a tentativa de equilibrar as diferentes camadas sociais, trazendo para aqueles que a princípio são prejudicados por ser minoria<sup>8</sup>, o maior acesso à justiça, culminando na concretização de direitos previstos na carta magna. Sendo certo que constitucionalizar uma decisão é retirá-la do alcance das maiorias<sup>9</sup>.

Esse movimento ativo de juízes e tribunais, traz à baila a quebra de toda aquela concepção positivista, onde a lei não poderia ser valorada após sua criação devendo ser aplicada ao caso concreto, de forma a não haver maiores interpretações ou adequações necessárias para melhor atender a justiça social. Em virtude dessa posição positivista, o cenário jurídico do Brasil era extremamente engessado e inflexível, o que gerava a aplicação quase que mecânica das leis, isto é, reconhecimento da validade da lei somente sob aspecto da sua fonte produtora, e não sob o enfoque da validade social.

Com o novo paradigma de justiça social e da própria idéia de justiça, o cenário jurídico atual é da concepção pós-positivista do direito, o que se verifica, por exemplo, com a mutação constitucional . Isso significa dizer, que houve uma releitura do papel do judiciário na sociedade, bem como de suas competências funcionais, daí resulta a

---

<sup>8</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004, p. 69-124.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p.69-131.

possibilidade do Supremo Tribunal Federal, não se quedar inerte frente a determinados fatos sociais que reclamam por regulamentação e que estão esquecidos pelo poder legislativo, bem como as omissões geradas pelo executivo.

Com a constitucionalização do direito e à luz do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, houve de certa forma a constitucionalização<sup>10</sup> de todo e qualquer ramo do direito, pelo fato de todo o ordenamento jurídico ter seu fundamento de validade pautado na Constituição Federal. O que de certa forma, segundo alguns doutrinadores acaba dando um poder excessivo ao judiciário, além de desvalorizar todo o regramento infraconstitucional.

Disso, decorrem muitas discussões, no que tange a possibilidade do Judiciário realizar controle nas políticas públicas desempenhadas pelo executivo, impondo um dever à administração na realização daquela política pública reclamada pelo cidadão.

Políticas públicas são conjuntos de ações e objetivos a serem alcançados pelo Estado na consecução dos direitos e garantias fundamentais, notadamente, no que concerne aos direitos sociais. Espera-se que sejam alcançados de maneira a atender a todos que deles necessitar. Em virtude do alto custo prestacional de tais políticas públicas, não raro observa-se a omissão do Estado.

Entretanto, não deve prosperar tais afirmações, uma vez que não se consegue conceituar um verdadeiro Estado democrático de direito, sem a existência de um judiciário autônomo e independente para que exerça suas funções de guardião das leis e dos direitos e garantias fundamentais<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup>SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/A-Ubiquidade-Constitucional.pdf>>. Acesso em: 07 de mar. 2013.

<sup>11</sup>MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007 p. 45.

Em virtude da omissão do poder executivo, e com a crescente busca pelos cidadãos na realização desses direitos fundamentais pela via judicial, nasceu o fenômeno chamado de judicialização das políticas públicas<sup>12</sup>.

Em sentido contrário, entende Maria Paula Dallari Bucci<sup>13</sup> : “A concepção de política pública como programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados, denota a existência de diversos atos ou fases na formulação de tais políticas”.

Para essa supracitada autora: “as políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa (...)”<sup>14</sup>. É com esse argumento, que os administradores sustentam a impossibilidade do controle judicial nas políticas públicas, vez que não possuem os magistrados de legitimidade, tampouco, conhecimento orçamentário, para realizar escolhas estritamente políticas.

Certo é que, não pode ser obstaculizado ao cidadão a concretização das necessidades básicas para a fruição de uma vida digna, sob pena de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, um dos corolários do Estado Democrático de Direito, devendo prevalecer a tese do mínimo existencial.

### **3. O ATIVISMO JUDICIAL COMO UMA POSTURA DOS MAGISTRADOS E OS PROBLEMAS CONJUNTURAIS**

O ativismo judicial é um comportamento atribuído ao poder judiciário quando julgam casos sem levar em conta o ordenamento jurídico posto, uma vez que a resposta

---

<sup>12</sup>BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 1, n.3, p. 17-55. Jul/set. 2006.

<sup>13</sup>BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de políticas públicas em direito*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.41.

<sup>14</sup>Ibidem, p. 31.

de várias demandas precisam ser criadas de forma casuística, tendo como base os princípios constitucionais, inovando a ordem jurídica. Esse comportamento decorre por conta da omissão dos demais poderes constituídos.

Diferentemente, ocorre com a judicialização da política, que se constitui como uma série de mudanças institucionais, tendo como principal, a atribuição ao judiciário de apreciar questões políticas.

No dizer de Luís Roberto Barroso<sup>15</sup>:

A judicialização da política implica na transferência de poderes dos outros poderes de Estado para o Poder Judiciário, bem como a judicialização da política como o ativismo judicial são benéficos, para a concretização dos direitos declarados.

Assim, o ativismo tem se revelado como sendo uma atitude de concretizar direitos, mas também gerado profundas discussões no que se refere à democracia, vez que haveria por parte do judiciário usurpação de competência das atividades típicas dos demais poderes, e como tal, seria prejudicial ao princípio democrático do Estado de direito, por ferir o princípio da representatividade.

Há quem entenda<sup>16</sup> que há o desrespeito ao princípio democrático, não possuindo legitimidade plebiscitária tais decisões judiciais. No que concerne o problema da representatividade, as críticas à idéia de democracia judicial, decorrem tendo em vista a usurpação de competência dos demais poderes, o que tem transformado o judiciário em legislador positivo.

Nesse sentido, Ronald Dworkin<sup>17</sup>, critica severamente o ativismo judicial, chamando a postura ativista de juízes e tribunais de pragmática ou realista, que deturpa

---

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. . In: *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, v.13, p. 71-91. Jan/mar.2009.

<sup>16</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo : Martins Fontes, p. 451-452, 2003.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 451.

o real sentido da Constituição e dos próprios princípios do Estado democrático de Direito, nesse sentido, *in verbis* :

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignora o texto da Constituição, a história da sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradoras tradições de nossa cultura política.

Em sentido contrário, Jose Reinaldo Lima Lopes<sup>18</sup>:

Uma democracia judicial é até mesmo uma expressão problemática. O poder judiciário é até mesmo mecanismo de constituição interna, de seleção de seus membros, de definição de suas pautas. No podem nem mesmo, por definição estabelecer uma agenda de reformas, já que é um poder inerte, que só age mediante provocação e na maioria do caos é provocado por aqueles que detêm poder ou interesses consolidados [...] Mesmo assim, com tantas limitações, a democracia ganha pela judicialização das questões mais controversas.

Na esteira desse entendimento da crítica ao ativismo judicial, Elival da Silva Ramos<sup>19</sup> alude um conceito de ativismo como sendo um desrespeito à separação de poderes e, uma intervenção judicial na política que afronta de forma frontal a democracia, *in verbis*:

Ao fazer menção ao ativismo judicial, o que se esta a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também da função administrativa e, até da função de governo [...] Descaracterização da função típica de poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuída a outros poderes.

Ainda, que hajam tantas críticas apontadas pela doutrina, percebe-se que há uma tentativa de se atribuir legitimidade às decisões ativistas, vez que tal atribuição provém da Constituição da República. A carta Política do Estado confere de forma muito clara ao Judiciário o papel de concretizador dos direitos e garantias fundamentais. Não havendo que se falar em desvirtuamento da democracia, tampouco, se pode falar em uma ditadura judicial.

<sup>18</sup> LOPES, José Reinaldo Lima. *Direitos Sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, p. 181, 2006.

<sup>19</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial : parâmetros dogmáticos*. São Paulo : Saraiva, p. 116-117, 2010.



Em consequência do ativismo judicial, a doutrina alude outro fenômeno, qual seja, a politização da justiça, que segundo Celso Fernandes Campinlongo<sup>20</sup> deve ser analisado a partir de três pontos, quais sejam:

A expressão “politização da magistratura” vem sempre associada a uma das três cargas negativas: partidarismo, ilegalidade e “suplenza”. Evidentemente, não se pode admitir nenhuma dessas nódoas no sistema Judiciário. Partidarizar a jurisdição, submetendo-a à vontade de um grupo político ou ao próprio “partido de juizes” representaria um solapamento do pré-requisito essencial da jurisdição democrática: a imparcialidade.

Entretanto, a noção que se deve ter do ativismo é o cotejo entre a democracia majoritária e o direito que deve ser assegurado às minorias. E, sem dúvida tal papel cabe ao judiciário, protegendo os direitos e garantias fundamentais das minorias, ainda que contrarie a vontade da maioria. A atuação ativista deve ser pautada sempre nos princípios constitucionais, e dessa forma, se legitima a atuação judicial.

Não é razoável dizer, que quando o judiciário concretiza determinado direito assegurado constitucionalmente, mas, que não possui norma expressa, que haja uma atitude deletéria à democracia, ao contrário, é por demais absurdo que o indivíduo seja prejudicado pela omissão do poder que ele próprio ajudou a constituir.

A lei de introdução às normas do direito Brasileiro<sup>21</sup>, prevê que, quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, visando dar resposta à lide, ainda que, não haja expressa previsão legislativa.

Percebe-se que as críticas apontadas pela doutrina não prosperam na medida em que a atribuição e guarda e guarda da Constituição Federal, foi reservada ao Poder Judiciário entregue pelo próprio poder constituinte originário. Em nada se confunde com o que a doutrina insiste em dizer que há aplicação discricionária de princípios que

---

<sup>20</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonada, 2002, p.60.

<sup>21</sup> Art.4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

segundo eles são por demais amplos e vagos, e que a princípio comportariam qualquer conteúdo. O que é preciso lembrar, é que direitos e garantias fundamentais são direitos com máxima carga de eficácia, cabendo ao magistrado concretizá-lo.

Não é razoável a afirmação de que a politização da magistratura é um exercício de poderes pelo juiz de forma a desvirtuar o modelo do Estado democrático de direito, tampouco, tem reflexos maléficos para suas instituições. O que se quer na verdade é concretizar os direitos previstos na carta magna do Estado aos cidadãos que os reclamam.

Segundo Campilongo<sup>22</sup>, o ativismo e a politização do judiciário, distorceriam o real sentido democrático, tornando difícil a separação do significado entre direito e política.

Ronald Dworkin<sup>23</sup>, no que tange à separação entre direito e política, diz que juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, havendo uma grande diferença entre argumentos de princípio e argumentos de política. Na ótica política, justificam uma decisão que fomenta ou protege algum objetivo coletivo. Já os argumentos de princípio justificam uma decisão política, que garante ou respeita o direito de um indivíduo ou de um certo grupo.

Nesse contexto, ao ser criada uma norma para determinado caso concreto, o juiz estaria na verdade criando uma norma com máxima carga de subjetividade, o que seria tornar o sistema jurídico inseguro, pelo que poderia ser aplicada em determinados casos e, em outros não, o que poderia ser chamado de discricionariedade judicial.

---

<sup>22</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, p. 87, 2000.

<sup>23</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Marins Fontes, p. 129-130, 2002.

São inúmeros os casos de ativismo, em especial na área da saúde, onde é notório o desrespeito do executivo culminando na não consecução das políticas públicas que lhe são inerentes. Essa omissão do executivo que se afigura como desrespeito ao estado democrático de direito e ao princípio da democracia representativa.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição tem o posicionamento no sentido de que, a saúde faz parte do núcleo intangível da carta política, sendo certo que, não é possível ao Estado - administração queda-se inerte, na implementação de tal direito que afigura-se como fundamental.

Por fim, como se vê, esse movimento ativo da magistratura demonstra a quebra daquela cultura jurídica amparada em um positivismo jurídico que impôs sérias limitações à atuação do judiciário. A democracia não pode ser pautada na forma majoritária desrespeitando os direitos das minorias, onde muitas das vezes procuram o judiciário para resguardar seus direitos. Segundo Hans Kelsen<sup>24</sup>, o domínio da maioria é uma causalidade aritmética. Disso, se pode perceber que, não pode haver o governo tirano das maiorias. Deve haver um cotejo entre justiça e implementação de direitos, ainda que vá contra a vontade da maioria.

#### **4. A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITADOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Com a concepção trazida pelo neoconstitucionalismo, o ser humano passa a ser o centro de proteção dos direitos, isso significa dizer, que cabe ao Estado ser o garantidor de tais direitos. Com a evolução das sociedades foram sendo adquiridos novos direitos,

---

<sup>24</sup> KELSEN, Hans. *O Problema do Parlamento*. In: A Democracia. Tradução Vera Barkow . São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 134.

daí a classificação de direitos em dimensões ou gerações que ao longo do tempo foram sendo aperfeiçoados.

Segundo Paulo Bonavides,<sup>25</sup> o vocábulo dimensão substitui com vantagem lógica e qualitativa o termo geração, caso este último, venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade de direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade.

Para nosso estudo, o mais importante é a análise dos direitos fundamentais sociais. Para que estes sejam implementados, é necessária a atuação positiva do Estado, donde são necessários fundamentalmente de dotação orçamentária e investimento. Diferente do que acontece com os direitos de defesa.

Segundo Ingo Sarlet,<sup>26</sup> os direitos ditos negativos ou de defesa, não possuem caráter prestacional :

Os direitos de defesa precipuamente dirigidos a uma conduta omissiva podem, em princípio, ser considerados destituídos desta dimensão econômica, na medida em que o objeto de sua proteção (vida, intimidade, liberdades, etc.) pode ser assegurado juridicamente, independentemente das circunstâncias econômicas.

Em virtude da necessidade da atuação positiva do estado para a concretização desses direitos prestacionais, parcela da doutrina<sup>27</sup> fala que a sua concretização depende de regulamentação legislativa e discricionariedade do administrador público, impedindo a atuação do poder judiciário.

Segundo Paulo Bonavides<sup>28</sup>:

Os direitos de segunda geração passam primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram sua eficácia duvidosa, em virtude de sua própria

---

<sup>25</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.571-572.

<sup>26</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2. ed. Porto Alegre : Livraria do advogado, 2001, p.263.

<sup>27</sup> MELO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.385.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 564.

natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigibilidade, carência ou limitação essencial de recursos.

Para esse autor, não cabe ao judiciário a concretização dos direitos e garantias fundamentais, sob pena de invasão da esfera de competência do poder executivo. Na sua concepção, os direitos prestacionais inseridos na Constituição Federal possuem natureza programática<sup>29</sup>, ou seja, tão somente como uma meta a ser alcançada e não efetivamente concretizada.

Em sentido contrário, Régis Fernandes de Oliveira<sup>30</sup>:

Evidente que não se inclui na orbita da competência do poder Judiciários a estipulação nem a fixação de políticas públicas. No entanto, não se pode omitir quando o governo deixa de cumprir a determinação constitucional na forma fixada. A omissão do governo atenta contra os direitos fundamentais e, em tal caso, cabe a interferência do judiciário, não para ditar política, mas para preservar e garantir os direitos constitucionais lesados.

Com a moderna concepção dos direitos e garantias fundamentais, a jurisprudência dos tribunais superiores demonstra a atuação positivista no sentido de concretizar esses direitos por meio de decisões judiciais. Assim, em se tratando de direitos prestacionais que demandam de atuação positiva do estado, quedando-se inerte o executivo, admite-se a possibilidade do poder judiciário na implementação de políticas publicas.

Pode-se verificar que houve uma grande evolução jurisprudencial no sentido de que, passa-se a permitir a intervenção do poder judiciário para concretizar as políticas publicas reclamadas pelos cidadãos não havendo qualquer óbice, por tratar-se de direito fundamental.

---

<sup>29</sup> Normas programáticas são programas e diretrizes para atuação futura do Estado, sendo de aplicação diferida, e não de aplicação imediata.

<sup>30</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2006, p.405.

No entanto, o óbice encontrado pelo judiciário é a de teoria da reserva do possível. A primeira vez que esta teoria foi invocada foi no julgamento realizado no tribunal Constitucional Alemão. Nessa ocasião, estudantes alemães reclamavam por aumento de vagas nas universidades, e a resposta foi que tal pedido estava submetido à reserva do possível.

Para Ingo Sarlet,<sup>31</sup>:

O pedido deve ser pautado à luz o princípio da razoabilidade, a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

A teoria da reserva do possível não reflete tão somente existência de recursos por parte do Executivo, mas também, se aquilo que se pleiteia é razoável. Essa teoria é muito utilizada como argumento de defesa por parte da administração pública, ante omissões governamentais na concretização de políticas públicas.

A administração argumenta que existem limitações de ordem material que devem ser observadas, o que impede na maioria dos casos, a concretização dos programas estatais.

Entretanto, essa teoria vem passando por uma nova releitura<sup>32</sup> no que possibilita uma relativização de conceitos e ponderação de interesses entre a reserva do possível e o mínimo existencial do ser humano, uma vez que no mais das vezes, o que se pleiteia são direitos relacionados à dignidade da pessoa humana. Assim, será escolhida a melhor solução que atenda ao caso concreto.

---

<sup>31</sup> Ibidem, p.265.

<sup>32</sup>BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e filosóficos do novo direito Constitucional Brasileiro: pós- modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Forense*, 358:91, 2001, p.33-41.

Segundo se observa do trecho do voto do ministro<sup>33</sup> Celso de Melo, do Supremo Tribunal Federal, “cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da reserva do possível, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível não pode ser invocada”.

Em muitos julgados da corte suprema<sup>34</sup> é possível perceber a prevalência do direito fundamental, face à alegação da reserva do possível, no bojo do recurso especial nº 642536/AP, *in verbis*:

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

Assim, diante de casos que reclamem a efetivação de direitos fundamentais relacionados à dignidade da pessoa humana, caberá ao judiciário intervir, uma vez que ao atuar estará concretizando preceitos previstos expressamente pelo poder constituinte originário, para que não fiquem no plano abstrato e inaplicável.

<sup>33</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Re 482.611-SC, Rel. Min. Celso de Melo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28re+482611%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/cvn7snr>> Acesso em : 07 abr.2013.

<sup>34</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Re 642536, Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em > <http://WWW.stf.jus.br?portal/jurisprudencia.asp?s1=%28reserva+possível+++e+direito+a+saude%29&base=baseAcordaos&url=HTTP://tinyurl.com/cst95nd>> Acesso: em 07 abr.2013.

## 5. A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO FORMA DE ATIVISMO

A constituição pode sofrer alterações por meio de um processo formal quando ocorre a emenda ou revisão constitucional, ou ainda, por meio de alteração informal, quando se verifica a mutação constitucional.

Por conta do dinamismo social, as regras muitas das vezes não conseguem acompanhar as mudanças ocorridas na sociedade. O fato de haver todo um regramento dentro do sistema jurídico, não significa que o ordenamento é imutável. Tal raciocínio, também é aplicável à constituição, sendo por vezes necessário a alteração por meio de processos formais ou informais para atender aos reclamos sociais.

Em virtude de a realidade social ser mais rápida do que a produção legislativa, o Supremo Tribunal Federal com o escopo de solucionar diversas questões que não possuem respostas jurídicas, vem utilizando o que se denominou de mutação constitucional.

A mutação constitucional - *Verfassungswandlung*<sup>35</sup> - não é alteração formal do texto, mas sim uma técnica de interpretação. Para Canotilho,<sup>36</sup> (...) “ao lado da reforma formal da Constituição, em suas modalidades de revisão e emenda, há, também, a mudança informal, aquela que se opera, sem que mudança do texto ocorra”.

Pode ser dada como exemplo, a decisão do Supremo Tribunal Federal, no que tange à união estável homoafetiva onde se verifica a mutação Constitucional do art. 226 da CRFB/88. Com a mutação, pode ser dada ao dispositivo nova interpretação, ou seja, aquela que seja mais condizente com a sociedade atual. Com essa decisão, houve o reconhecimento e qualificação da união civil de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, como se pode verificar na ementa do recurso especial nº 687432/MG :

---

<sup>35</sup> Nomenclatura utilizada para se referir à mutação constitucional.

<sup>36</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p.231.



Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE. UNIÃO HOMOAFETIVA. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO COMO ENTIDADE FAMILIAR. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DAS REGRAS E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS VÁLIDAS PARA A UNIÃO ESTÁVEL HETEROAFETIVA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Assim, é que, pelo fato de haver alterações conjunturais nos diversos cenários, quais sejam: sociais, políticos e econômicos o direito deverá acompanhar, ainda, que não haja regulamentação legislativa, a solução será a decisão judicial por meio da mutação constitucional como forma de ativismo judicial.

Entretanto, Dworkin<sup>37</sup> critica severamente a mutação ao argumento de que tal teoria padeceria de legitimidade democrática, uma vez que o poder judiciário não foi estruturado de forma democrática.

Não há menor dúvida que a mutação constitucional é a solução da crise do positivismo. Segundo parcela significativa da doutrina<sup>38</sup>, o art. 5º da CRFB/88, prevê que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito. Assim, se o direito a que se quer proteger não estiver positivado caberá ao judiciário dar a resposta ao caso concreto, e não será observado qualquer ilegitimidade .

Observa-se, que, ante a impossibilidade de previsão de todas as relações sociais possíveis e, ante a omissão do poder legislativo, não poderá o cidadão ficar a mercê dos seus representantes por conta do dinamismo social das relações.

## CONCLUSÃO

---

<sup>37</sup> Ibidem, p.451-452.

<sup>38</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 31.

Diante de tudo o que foi demonstrado, a atuação proativa do poder judiciário não padece de ilegitimidade, já que a própria Constituição Federal atribuiu ao poder Judiciário a concretização dos direitos fundamentais.

Assim, o ativismo tem se revelado uma atitude apta a concretizar direitos, mas também gerador de profundas discussões no que se refere à democracia, uma vez que alegam que há, por parte do judiciário, usurpação de competência das atividades típicas dos demais poderes e, como tal, seria prejudicial ao princípio democrático do Estado de direito, por ferir o princípio da representatividade.

Não é razoável dizer que, quando o judiciário concretiza determinado direito assegurado constitucionalmente, que haja uma atitude deletéria à democracia, ao contrário, é por demais absurdo que o indivíduo seja prejudicado pela omissão do poder que ele próprio ajudou a constituir. Ao ser concretizado o direito via decisão judicial, o magistrado garante a aplicação do próprio direito, uma vez que não é dado ao juiz se furtar em decidir qualquer demanda à ele direcionada.

Como foi demonstrado, esse movimento ativo da magistratura demonstra a quebra daquela cultura jurídica amparada em um positivismo jurídico que impôs sérias limitações à atuação do judiciário. A democracia não pode ser pautada na forma majoritária desrespeitando os direitos das minorias.

Por fim, deve haver o cotejo entre justiça e realização de direitos para que seja alcançado o verdadeiro estado democrático de direito, ainda que, seja alcançado por meio do ativismo judicial e pela politização do poder judiciário, ante a inoperância dos demais poderes constituídos.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, v.13. Jan/mar.2009.

\_\_\_\_\_. Fundamentos Teóricos e filosóficos do novo direito Constitucional Brasileiro: pós- modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Forense*, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/shared/download/artigo-constituicao-democracia-supremacia-judicial.pdf>>. Acesso em 07 mar. 2013.

BARCELLOS, Ana Paula. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 1, n.3. Jul/set. 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Re 482.611-SC, Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28re+482611%29%29+NAO+S%EPRES%E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/cvn7snr>> Acesso em: 07 abr.2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Re 642.536-AP, Rel. Min. Luiz Fux. <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28642536%29&base=baseAcordaos>> Acesso em 07 abr.2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de políticas públicas em direito*. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

\_\_\_\_\_. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonada, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra. Almedina, 1993.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo : Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KELSEN, Hans. *O Problema do Parlamento*, in A Democracia. Tradução Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

LOPES, José Reinaldo Lima. *Direitos Sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

MELO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Conrado Hubner. *Controle de Constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, p. 116-117, 2010.

ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.231.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre : Livraria do advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/A-Ubiquidade-Constitucional.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2013.

SILVA, Jose Afonso da. O ativismo Judicial em seminário na OAB. Disponível em : <[www.oab.org.br/noticia/25758/jose-afonso-da-silva-aborda-o-ativismo-judicial-em-seminario-da-oab](http://www.oab.org.br/noticia/25758/jose-afonso-da-silva-aborda-o-ativismo-judicial-em-seminario-da-oab)> Acesso em : 12 jun.2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.4, n.2, jul./dez.2008.