

ATIVISMO JUDICIAL E ESTADO DEMOCRÁTICO

JUDICIAL ACTIVISM AND DEMOCRATIC STATE

Ana Cristina Bacega De Bastiani*

Mayara Pellenz**

Leilane Serratine Grubba***

RESUMO

Esta pesquisa investiga o decisionismo judicial no Brasil, a partir da delimitação dos direitos fundamentais e de um exame específico sobre o papel desempenhado pelo Poder Judiciário na efetivação desses direitos. A análise utilizou o método dedutivo e, como conclusão, parece apontar para o fato de o Poder Judiciário atuar de forma discricionária, o que demonstra que o Estado Democrático de Direito sofre uma ameaça em razão do desrespeito à separação dos Poderes e ao sistema de pesos e contrapesos. Há uma crescente judicialização de direitos, e o Estado necessita posicionar-se diante de tal realidade. Com isso, a análise mostra-se de suma importância, pois, na condição de Estado Democrático de Direito, o Estado brasileiro deve encontrar uma alternativa para esse fenômeno.

Palavras-chave: ativismo judicial; constitucionalismo; democracia; direitos fundamentais; processo.

ABSTRACT

This research investigate the judicial decisionism in Brazil, from the definition of fundamental rights and a specific analysis of the role played by Judiciary in terms of these rights. The analysis used the deductive method and, as a conclusion, seems to point to the fact that the Judiciary acts in a discretionary manner, which demonstrates that the democratic

* Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Meridional, Linha de Pesquisa Fundamentos da Democracia e da Sustentabilidade. E-mail: cristi.bd@hotmail.com.

** Mestre em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade Meridional, de Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: maypellenz@hotmail.com.

*** Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Meridional. Professora dos Programas de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Faculdade Meridional e Universidade Nove de Julho. Professora dos Cursos de Direito da Faculdade Meridional e Faculdade CESUSC. Professora da Escola Superior do Ministério Público de Santa Catarina. Pesquisadora da Fundação Meridional.

rule of law suffers a threat because of disrespect to the separation of powers and the system of weights and balances. There is a growing legalization of rights, and the rule needs to position itself in face of such a reality. Thus, this analysis shows itself very important because, as a democratic state, Brazilian state must find an alternative to this phenomenon.

Keywords: judicial activism; constitutionalism; democracy; fundamental rights; process.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais advêm da luta do homem para conquistar uma vida digna por meio de direitos, durante muito tempo violados. Diante do desrespeito aos direitos praticados no decorrer da história da humanidade, percebeu-se a necessidade de que eles estivessem expressos em documentos, como as Constituições, para que fossem exigíveis. A Constituição Federal brasileira de 1988 é uma das mais avançadas do mundo no que tange à proteção desses direitos.

De acordo com o respectivo momento histórico, surge a necessidade da proteção efetiva de novos direitos. O período vivido hoje parece requerer a proteção de direitos coletivos. No entanto, está-se passando a um estágio de busca pela proteção desses novos direitos sem efetivar outros que se referem à primeira e segunda dimensões. Não se mostra mais necessário que tais direitos sejam justificados, uma vez que é perceptível a relevância de sua proteção constitucional; o que se exige é sua concretização.

O Brasil vive uma modernidade tardia e demonstra que ainda não conseguiu, efetivamente, atingir a eficácia dos direitos fundamentais sociais, já que para isso se depende da vontade e atuação dos Poderes políticos, principalmente do Executivo. Para tanto, formula-se um problema de pesquisa: a atuação do Poder Judiciário na resolução de demandas que envolvem direitos sociais tem invadido a competência e discricionariedade dos Poderes políticos, ameaçando a estabilidade do Estado Democrático de Direito? A hipótese levantada é a de que o fenômeno de judicialização da política tem sido uma consequência da omissão dos Poderes políticos no exercício de suas funções, mas os julgadores devem ter cuidado para resolver as demandas dali surgidas. Caso contrário, estarão invadindo a esfera de competência dos demais Poderes, desestabilizando a sustentabilidade do Estado na viabilidade de suas funções e criando um desequilíbrio na harmonia entre os Poderes. Tudo isso coloca sob ameaça o Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, esta pesquisa desenvolve-se primeiramente delimitando os direitos fundamentais e, depois, fazendo essa análise específica a respeito da atuação dos juízes e do tribunal constitucional na busca pela efetivação dos direitos fundamentais sociais. Demonstrar-se-á essa ameaça à democracia, sem a pretensão de esgotar o tema.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988, denominada “Constituição Cidadã”, inovou ao ressaltar, primeiramente, os Direitos e Garantias Fundamentais, deixando para segundo plano a Estrutura do Estado e a Organização dos Poderes. Ferreira Filho explica que, “em primeiro lugar, ela enumera os direitos e garantias fundamentais logo num Título II, antecipando-os, portanto, à estruturação do Estado. Quis com isso marcar a preeminência que lhes reconhece”¹. A Constituição de 1988 privilegiou a proteção dos direitos da pessoa humana, colocando-os em primeiro plano, tendo em conta que é prevendo expressamente e protegendo os direitos que o Estado Democrático e Constitucional de Direito se realiza.

Em relação à previsão dos direitos fundamentais pela Constituição brasileira, Piovesan explica que a “Carta de 1988, como marco jurídico da transição ao regime democrático, alargou-se significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, colocando-se entre as Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria”².

Os direitos dos seres humanos foram surgindo e sendo conquistados por meio de lutas dos indivíduos. Porém, juntamente com o surgimento desses direitos, é preciso que o Estado estabeleça “como” os direitos do homem podem ser protegidos. Por isso eles passaram a ser positivados e elevados ao *status* de direitos constitucionalizados, a fim de que o Estado possua diretrizes não somente para proteger os direitos da pessoa humana, mas também para efetivá-los.

A delimitação do que são os direitos fundamentais merece especial atenção, já que existem muitas denominações que se assemelham, mas que nem por isso devem ser tratadas como sinônimos. Dimoulis e Martins explicam sobre a denominação “direitos fundamentais”:

[...] esse termo não é o único existente no direito constitucional e nas constituições a designar tais direitos. Há uma série de outros termos, incluindo “liberdades individuais”, “liberdades públicas”, “liberdades fundamentais”, “direitos humanos”, “direitos constitucionais”, “direitos públicos subjetivos”, “direitos da pessoa humana”, “direitos naturais”, “direitos subjetivos”³.

¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 99.

² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 25.

³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007, p. 52.

Os autores acrescentam que, “exceto as expressões ‘direitos naturais’ e ‘direitos humanos’, que indicam respectivamente direitos pré-positivos ou supra-positivos e não são direitos positivados na Constituição, não há uma única expressão correta para designar os direitos dos homens elevados a um *status* constitucional”⁴. Os direitos fundamentais, portanto, são o resultado da vontade de positivar valores básicos, sendo a base da estrutura normativa do Estado. Sarlet, nessa senda, explica que:

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais [...] a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa⁵.

Os direitos do homem, que eram naturais e subjetivos, passaram a ser constitucionalizados na busca por uma efetiva proteção. Regimes totalitários demonstraram essa necessidade, e, principalmente após a Segunda Grande Guerra, muitos países foram democratizados e constitucionalizaram direitos fundamentais para que estes não pudessem ser violados, em uma agressão à dignidade das pessoas. Sarlet explana que os direitos fundamentais são atraídos em torno da dignidade da pessoa humana, pois esta dá sentido à exigência de proteção dos direitos:

[...] a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que “atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais”, exige, pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheça à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade⁶.

Por tratarem de conteúdos como a proteção da dignidade humana, os direitos fundamentais demonstram seu caráter de fundamentalidade e, por esse motivo, a necessidade de serem constitucionalizados, dotados de aplicabilidade e exigência. Nessa perspectiva, Steinmetz afirma que “os direitos fundamentais são direitos positivos, constitucionalizados”⁷.

⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 53, destaque dos autores.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 61.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 87.

⁷ STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 19.

O que se busca por meio da proteção dos direitos fundamentais, portanto, é resguardar a dignidade da pessoa humana, já que ela dá coerência e unidade a todos os direitos. Isso significa que, quando há violação de determinado direito fundamental, também se está violando a proteção à dignidade⁸.

Entendida a importância da constitucionalização desses direitos, ainda é preciso delimitar o âmbito do surgimento de sua constitucionalização, haja vista que os direitos foram surgindo de modo gradual. Os direitos fundamentais surgiram, aparentemente, em ondas ou dimensões⁹, sem que uma dimensão de direitos superasse a anterior. Dimoulis, para explicar as categorias de direitos fundamentais, elucida que é preciso “imaginar uma relação entre Estado e a pessoa que é titular de um direito fundamental como relação entre *duas esferas* em interação”¹⁰. Para ele:

[...] é possível identificar três categorias de direitos fundamentais, conforme o tipo de relacionamento entre indivíduo e Estado, quais sejam: direitos de *status negativus*¹¹ (de defesa), direitos de *status positivus*¹² (sociais prestacionais) e direitos de *status activus*¹³ (políticos de participação)¹⁴.

Os direitos fundamentais surgiram de acordo com as necessidades apresentadas em cada momento histórico. Inicialmente surgiram os direitos de primeira

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 92.

⁹ “Muitos autores referem-se a ‘gerações’ dos direitos fundamentais, afirmando que sua história é marcada por uma gradação, tendo surgido em primeiro lugar os direitos clássicos individuais e políticos, em seguida os direitos sociais e, por último, os ‘novos’ direitos coletivos como os de solidariedade e de desenvolvimento, havendo também direitos de quarta geração relacionados ao cosmopolitismo e democracia universal. [...] Tal opção terminológica (e teórica) é bastante problemática, já que a ideia das gerações sugere uma substituição de cada geração pela posterior enquanto no âmbito que nos interessa nunca houve abolição dos direitos das anteriores ‘gerações’ como indica claramente a Constituição brasileira de 1988 que inclui indiscriminadamente direitos de todas as ‘gerações’” (DIMOULIS; MARTINS, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 34, destaques dos autores).

¹⁰ DIMOULIS, Dimitri. Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais*: anuário 2004/2005. Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 73.

¹¹ Trata-se de direitos que permitem aos indivíduos defenderem-se contra uma possível atuação do Estado. Esses direitos protegem a liberdade da pessoa (DIMOULIS, Dimitri. *Jurisdição e direitos fundamentais*, p. 74).

¹² Essa categoria refere-se aos direitos que permitem à pessoa humana exigir uma atuação do Estado no sentido de melhorar as condições de vida. O Estado deve atuar adentrando a esfera particular do indivíduo para oferecer-lhe algo (DIMOULIS, Dimitri. *Jurisdição e direitos fundamentais*, p. 74).

¹³ Essa categoria de direitos oferece ao cidadão a possibilidade de participar da determinação da política estatal de forma ativa (DIMOULIS, Dimitri. *Jurisdição e direitos fundamentais*, p. 74).

¹⁴ DIMOULIS, Dimitri. *Jurisdição e direitos fundamentais*, p. 74.

dimensão, de *status* negativo, que implicam principalmente uma limitação do Estado em relação a seus cidadãos, mas também uma limitação do próprio ser humano em relação aos demais seres humanos. Isso aconteceu porque o ser humano possui direitos que lhe são inerentes, mas o Estado precisa regular o exercício desses direitos. Nessa senda, observa Ferreira Filho que:

[...] o pacto social, para estabelecer a vida em sociedade de seres humanos naturalmente livres e dotados de direitos, há de definir os limites que os pactuantes consentem em aceitar para esses direitos. A vida em sociedade exige o sacrifício que é a limitação do exercício dos direitos naturais. Não podem todos ao mesmo tempo exercer todos os seus direitos naturais sem que daí advenha a balbúrdia, o conflito¹⁵.

Os direitos inerentes à pessoa humana não podem ser exercidos ao mesmo tempo e sem limites. Por isso o Estado passou a limitar esses direitos, positivando-os. Os direitos dos homens passaram a ser considerados normas jurídicas para que pudessem ser exigíveis. Os considerados fundamentais também, porque protegem a integridade da pessoa humana. Devem ser elevados ao *status* constitucional, pois são fundamentos basilares para que o indivíduo e a sociedade como um todo sejam protegidos contra o arbítrio ou omissão do Estado e possam exigir a efetivação de tais direitos.

66

Dimoulis explica que “direitos fundamentais são direitos subjetivos das pessoas [...], garantidos por normas de nível constitucional que limitam o exercício do poder estatal”¹⁶. Como se pode ver, “esta definição indica os sujeitos da relação criada pelos direitos fundamentais (pessoa *vs.* Estado), a finalidade desses direitos (limitação do poder estatal) e sua posição no sistema jurídico (supremacia constitucional ou fundamentalidade formal)”¹⁷. No que se refere à segunda dimensão de direitos, os chamados direitos econômicos, sociais e culturais, sua finalidade é modificada em relação à primeira dimensão explanada anteriormente, e a relação entre indivíduo e Estado também muda.

A força dirigente e determinante dos direitos a prestações [...] inverte, desde logo, o objecto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjectivo: de uma *pretensão de omissão* dos poderes públicos (direito a exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias) transita-se para uma *proibição de omissão* (direito a exigir que o Estado intervenha ativamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos)¹⁸.

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, p. 4.

¹⁶ DIMOULIS, Dimitri. *Jurisdição e direitos fundamentais*, p. 72.

¹⁷ DIMOULIS, Dimitri. *Jurisdição e direitos fundamentais*, p. 72.

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001, p. 365.

Quando se trata da segunda dimensão de direitos, portanto, o que se busca é uma intervenção do Estado para que os direitos previstos por essa dimensão possam ratificar-se¹⁹. Assim, quando se trata de direitos fundamentais, estes nem sempre pedem uma abstenção do Estado. Para a proteção de tais direitos, exige-se uma nova postura, pois a realidade social se modifica e o Direito precisa acompanhar esse movimento. Deve-se verificar qual o direito que se busca tutelar a fim de perceber a conduta adequada por parte do Estado para que tal direito seja confirmado.

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que não cuida mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas sim, [...] de propiciar um “direito de participar do bem-estar social”²⁰.

A realidade social é impulsionadora do surgimento de novos direitos, que, em função da própria evolução, acabam por se constituir como fundamentais, pois atendem às demandas por uma vida digna por parte de pessoas que enfrentam uma realidade social cada vez mais exigente e complexa.

Evidentemente, o acúmulo contínuo de gerações e funções dos direitos fundamentais é impulsionado pelas transformações sociais processadas com grande intensidade e velocidade nos séculos XIX e XX. Dizendo de outro modo, a ampliação e a multifuncionalização dos direitos fundamentais são uma exigência do desenvolvimento social cada vez mais veloz²¹.

Os direitos fundamentais nem sempre estiveram munidos do caráter de aplicabilidade imediata. Eles possuem caráter axiológico, mas nem por isso deixam de ser exigíveis perante o Estado. No caso de qualquer ameaça a esses direitos, o homem pode postulá-los. Os direitos fundamentais, portanto, vinculam

¹⁹ Sabe-se que a existência de direitos fundamentais não se limita à primeira e segunda dimensões de direitos. No entanto, para a análise realizada neste artigo, está-se a delimitar apenas as duas referidas dimensões, já que a segunda parte deste se destina a realizar uma análise do processo de constitucionalização, que tem gerado um fenômeno de judicialização relativo especialmente aos direitos sociais. Portanto, importante a diferenciação entre a primeira e a segunda dimensões de direitos para que se possa entender de forma mais clara as diferentes demandas e atuações dos juízes e tribunais constitucionais na busca pela efetivação dos direitos fundamentais individuais e sociais, já que a abstenção ou prestação são o que vai diferenciar sua ratificação.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 47.

²¹ STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 96.

o Estado, e a vinculação ocorre porque são direitos que protegem o ser humano, respeitando sua dignidade, e, mais, atendem à condição humana. São direitos invioláveis, inalienáveis e intransferíveis, e é por isso que careceram de constitucionalização e agora de eficácia.

Tem-se percebido um aumento da judicialização de questões que envolvem a efetivação de direitos fundamentais, notadamente os sociais, pois o Estado, de forma geral, não tem prestado a devida atenção a seu papel positivo na realização desses direitos de segunda dimensão. Como foi possível verificar nas palavras de Dimoulis e Martins, logo acima, o Estado está vinculado às disposições constitucionais, portanto, no caso de não cumprimento, tem a pessoa o direito de recorrer ao Judiciário para exigi-los, já que este também está vinculado a tais disposições.

No Estado Democrático e Constitucional de Direito também é preciso que os homens se mobilizem a buscar do Estado aquilo que é seu dever: além de prever direitos, que estes sejam efetivados no plano real. Na democracia, que ainda é buscada no Brasil, a participação constante dos cidadãos na transformação social é essencial. E no Estado Constitucional o papel do Poder Judiciário para auxiliar o cidadão na busca pela eficácia real de seus direitos fundamentais tem-se mostrado muito presente.

68

A garantia dos direitos fundamentais, assim, “são temas de origem e repercussão política, sendo que qualquer decisão do legislador ou do Poder Judiciário produz efeitos políticos”²². Os direitos fundamentais não existem para que as pessoas busquem proteção em juízo, e sim para que possam ver respeitados seus direitos a fim de formar uma sociedade igual, livre e justa, sem que precisem recorrer ao Judiciário. No entanto, caso isso se mostre necessário, o Poder Judiciário pode ser procurado para efetivá-los, e isso tem acontecido com cada vez mais frequência. Direitos constitucionalizados que protegem a pessoa humana e sua dignidade devem ser respeitados não somente pelo Estado – que avoca para si os deveres relativos à implementação dos direitos previstos pela Constituição Federal –, mas também pelos indivíduos, titulares desses direitos.

Por isso a atuação dos juízes e do Supremo Tribunal Federal tem-se mostrado eficiente, porém invasiva, nessa perspectiva de dar eficácia a tais direitos. No entanto, certo cuidado nessa atuação mostra-se de suma importância. Nesse sentido, relevante se faz a análise da segunda parte deste artigo, a respeito da atuação dos juízes e do Supremo Tribunal Federal para a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os sociais. As aspirações da sociedade à ratificação de direitos existem, todavia o problema é muito mais amplo. Os julgadores não podem utilizar-se de posições pessoais para fazer efetivo ou não determinado direito fundamental. Pintore explica:

²² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 17.

Ninguna teoría de los derechos fundamentales puede resultar auto(suficiente), es decir, ninguna puede prescindir de una teoría de la autoridad. Esto es cierto con carácter general y no sólo para el ius naturalismo. Más aun, estaría tentada de afirmar que, a fin de cuentas, el *verdadero* problema de los derechos fundamentales es justamente el “procedimental” de la autoridad que los administra²³.

O constitucionalismo brasileiro tem enfrentado essas questões, buscando a efetivação de direitos fundamentais. O Poder Judiciário tem sido a esperança de muitos cidadãos para a realização de direitos garantidos pela Constituição, no entanto o fato parece gerar grande quantidade de demandas judiciais, que têm exercido uma influência muito grande do Poder Judiciário na discricionariedade, sobretudo do Poder Executivo, para a realização de suas funções. Esse é o tema específico do próximo item deste artigo, sobre o enfrentamento do problema da crescente judicialização das questões a respeito da proteção dos direitos fundamentais. Para tanto, far-se-á uma análise a respeito da atuação do Poder Judiciário perante essas demandas, observando se sua postura é capaz de colocar em risco o Estado Democrático de Direito.

O ATIVISMO JUDICIAL COMO UM RISCO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

69

Esta seção dedica-se a analisar criticamente a maneira como o Poder Judiciário, especialmente por meio dos juízes e do Supremo Tribunal Federal, em sua atividade de garantia dos direitos sociais e da dignidade humana, tem atuado para resolver demandas que envolvem a eficácia desses direitos. Quando se propõe essa análise, é preciso ter presente que se está falando de um momento histórico específico, o momento do constitucionalismo. Tal momento pode ser identificado com a democracia e com a preocupação de garantir os preceitos previstos pela Constituição Federal, especialmente a garantia dos direitos fundamentais. Da maneira como vem sendo apresentado, esse constitucionalismo tem dependido de “posturas axiologistas e voluntaristas que proporcionam atitudes incompatíveis com a democracia, como o ativismo e a discricionariedade judicial”²⁴, o que demonstra ser um perigo para a democracia, pois os juízes não podem decidir conforme sua consciência, e sim conforme o direito.

²³ PINTORE, Anna. Derechos insaciables. In: CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo (Eds.). *Fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2005, p. 245.

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 64.

É percebido, dentro desse contexto, que a jurisdição constitucional e os tribunais têm desempenhado um papel destacado e fundamental para a eficácia dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, e que, portanto, essa é uma marca característica do constitucionalismo. Referindo-se mais claramente ao assunto, está-se falando do protagonismo da jurisdição constitucional, um fenômeno de judicialização que vai ser determinante para uma série de questões vivenciadas nos dias de hoje.

A judicialização é resultado de uma série de fatores que se conjugam. Pode-se dizer que se trata de um fenômeno decorrente de fatores externos ao Poder Judiciário. Isso porque, na falta de efetivação dos direitos previstos pela Constituição Federal por parte especialmente do Poder Executivo, o Judiciário é procurado pelos titulares desses direitos, sendo visto como o meio possível para coagir o poder político responsável a efetivar os direitos demandados²⁵.

Dentre os fatores que conduzem a uma ampliação da atuação ou a um protagonismo do Poder Judiciário na ordem democrática, passa-se desde a centralidade da Constituição, a preocupação com sua força normativa, seu caráter principiológico e a própria ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais²⁶. Sabe-se que os direitos fundamentais são mais do que direitos subjetivos, pois se constituem em diretivas. São elementos centrais da ordem normativa, especialmente dotados de carga valorativa. Portanto, a ordem jurídica não é neutra, mas impregnada de valores. Isso acaba abrindo espaço para construções criativas e

70

²⁵ Importante ressaltar a diferença entre o fenômeno da judicialização e o ativismo judicial, muitas vezes tratados como sinônimos, mas que não o são. Um fenômeno enseja o outro, mas é relevante ter presente que a judicialização decorre de um somatório de fatores *externos* ao Poder Judiciário, enquanto o ativismo estaria mais associado a uma forma de *atuação* do Poder Judiciário no cumprimento do exercício de suas funções.

²⁶ A respeito dessas questões, importante esclarecer que a Constituição é formada por um conjunto de normas, dentre as quais é possível identificar regras e princípios. Alexy explica: “[...] as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91). Conflitos entre regras resolvem-se por meio de critérios tais como o da hierarquia, o cronológico e o da especialização. Já os princípios apresentam-se como mandamentos de otimização em face de possibilidades jurídicas e fáticas, portanto deve haver um sopesamento para, diante do fato em concreto, apurar qual é a melhor maneira de resolver o conflito. Os direitos fundamentais têm um caráter principiológico, já que dotados de maior generalidade e abstração, no entanto são merecedores de especial atenção, tanto quanto as regras, pois são direitos objetivos e de aplicabilidade imediata. Diante dos ensinamentos desse autor, então, pode-se dizer que, quando uma norma de direito fundamental colide com um princípio oposto, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Dessa maneira, nem sempre um direito fundamental deve sobrepor-se a outro; é preciso um sopesamento para que, em cada situação fática, se analise qual direito deva ser aplicado, mesmo quando se tratar de normas principiológicas de direitos fundamentais. É nesse sentido que Alexy explica que princípios e regras não se diferenciam apenas de modo gradual; também existe uma diferença qualitativa.

desdobramentos com relação aos papéis dos direitos fundamentais, o que acaba por reforçar a ideia de atuação do Poder Judiciário e do dever de garantia e de proteção desses direitos, conduzindo também à ampliação e transformação da natureza da jurisdição constitucional.

O que se tem apresentado é que os responsáveis por realizar os ponderamentos acabam por ultrapassar limites que podem causar sérios riscos a uma democracia. Esse perigo ocorre tendo em vista a grande interferência de um dos Poderes nas atribuições dos demais. Ainda, com esse aparente excesso de liberdade em sua competência, os juízes e tribunais podem atribuir muitos direitos, bem como eliminá-los de acordo com seu controle.

Se o cuidado necessário não for tomado, a postura dos tribunais constitucionais pode tornar-se perigosa e abalar as estruturas de um regime democrático pautado pela separação entre os Poderes²⁷, especialmente afetando o sistema de pesos e contrapesos. Trindade explica que “muitas vezes a atividade praticada em sede de jurisdição constitucional [...] resulta numa interferência cujos (d)efeitos colocam em xeque a clássica concepção de separação dos poderes [...] [e das] conexões recíprocas e controles mútuos”²⁸.

A hermenêutica, como meio de interpretação do direito, deve ser entendida assim mesmo: é possível interpretar normas, mas interpretar não significa colocar ideologias em suas decisões. Isso afetaria a imparcialidade. A interpretação deve ser realizada a partir dos parâmetros apresentados e não como meio de impor ou excluir direitos. A atividade interpretativa (hermenêutica jurídica) é função judicial e “um modo de concretizar a Constituição, isto é, o modo pelo qual a Constituição deve ser efetivamente interpretada”²⁹, mas não confere aos julgadores liberdade para interpretar de acordo com posições pessoais. No entanto, ao que parece, neste Estado constitucional o Poder Judiciário tem desempenhado um papel de destaque em relação à confiança dos cidadãos na efetivação de seus direitos³⁰.

²⁷ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

²⁸ TRINDADE, André Karam. Do protagonismo ao ativismo judicial. In: REDIN, Giuliana; BRUCH, Kelly Lissandra. *Direitos fundamentais e espaço público*. Passo Fundo: Imed, 2010, p. 112.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 78.

³⁰ Relevante nesse contexto ressaltar que, enquanto no Estado Liberal a figura do Poder Legislativo sobressai, no Estado Social o papel de destaque fica por conta do Executivo, tendo em vista a necessidade da intervenção estatal, e no Estado Democrático de Direito (que consiste em um *plus* ao Estado Social) o Poder Judiciário é quem assume a maior relevância, tendo em vista que o direito tem demonstrado ser um instrumento eficaz para a implantação das promessas não cumpridas pelo Estado Social. Assim, claramente é possível perceber um deslocamento do centro de tensão nesse período constitucional para a figura do Poder Judiciário.

A partir dessa releitura, o Poder Judiciário se tornou uma espécie de remédio para a inoperabilidade das políticas públicas. Todavia, no fundo ele não passa de um depositário das esperanças de uma sociedade desanimada e desarticulada, de maneira que a judicialização da política, ao fortalecer o protagonismo judicial, implica o risco de enfraquecer a democracia³¹.

Efetivamente, os tribunais constitucionais são chamados a decidir sobre quase todas as questões — desde decisões estratégicas em relação à falta de atualidade de leis bem ou as eventuais omissões do poder público até a análise das falhas nas prestações de direitos sociais. Enfim, todas as questões hoje são judicializáveis e, por isso, trazidas à apreciação do Poder Judiciário. Há claramente um fenômeno de constitucionalização (tudo está na Constituição, portanto tudo é judicializável e pode ser demandado perante os tribunais). Isso ocorre em virtude do fato de a Constituição regular tudo, logo, tudo é direito. Ferrajoli adverte que isso ocorre porque as

[...] novas constituições [...] nascidas ou reformadas depois das ditaduras militares como radicais “nunca mais” à perda das liberdades e da democracia, marcam o início de uma terceira fase do constitucionalismo, após as fases das constituições flexíveis, nos séculos XVIII e XIX, e das constituições rígidas do segundo pós-guerra. [...] Podemos chamá-las *constituições de terceira geração* por causa de alguns traços comuns: são constituições longas, com base no modelo da Constituição portuguesa de 1976, formada por 299 artigos, que inaugura esta terceira fase do constitucionalismo. [...] A constituição brasileira, de 5 de outubro de 1988 — composta por 250 artigos (muitos dos quais formados por inúmeros incisos e parágrafos) e por 97 normas transitórias, reformada em 1994 e, depois, alterada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, é indubitavelmente mais avançada. As suas novidades são muitas e todas de grande relevância³².

Diante disso, o que se quer dizer é que a Constituição brasileira possui um amplo catálogo de direitos, que, como tais, devem ser eficazes. No caso de não eficácia, o cidadão pode exigir judicialmente que tais direitos sejam atendidos — e isso tem gerado mudança na forma de atuação dos tribunais. Mas, pela amplitude da previsão constitucional, justifica-se, de certa forma, a própria ampliação da judicialização de questões. O que não se justifica é o ativismo judicial, que tem sido percebido com frequência.

³¹ TRINDADE, André Karam. *Direitos fundamentais e espaço público*, p. 112.

³² FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o Estado de Direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 232-3.

Talvez um dos aspectos mais polêmicos do fenômeno da judicialização resida na questão da judicialização da política, ou seja, da atuação do Poder Judiciário quando se trata da garantia dos direitos fundamentais e da implicação de sua atuação nos demais Poderes, notadamente nos Poderes políticos — Executivo e Legislativo. Diante de tudo, é possível dizer que há duas formas de os Poderes políticos serem “invadidos” pela atuação do Poder Judiciário ao se omitirem em suas funções. É perceptível que muitas vezes existem falhas legislativas que ocasionam a não prestação de um direito constitucional, justamente por falta de regulamentação pelo Poder Legislativo, e que isso pode ser sanado por meio do mandado de injunção³³ (que requer a imposição pelo Judiciário ao Legislativo para tanto). E também a não efetivação de um direito por falta da atuação do Poder Executivo, no sentido da não implantação de política pública específica. As políticas públicas talvez sejam a síntese, no âmbito do direito, dessa relação entre direito e política que está conformada por novos parâmetros e padrões no contexto atual, e merecem especial atenção do Poder Executivo, para que haja uma diminuição no fenômeno da judicialização e da interferência do Judiciário nessas questões.

O Estado liberal, quando cria a separação de Poderes, cria uma separação institucional entre direito e política, atribuindo a atividade política aos Poderes Executivo e Legislativo e deixando a atividade do Poder Judiciário como atividade técnica. Portanto, a aplicação do direito é técnica realizada pelo Judiciário, ocupando a política um âmbito separado, destinado à competência do Executivo e Legislativo. Trata-se de uma separação institucional que na prática não subsiste, pois o Poder Judiciário tem tomado decisões mais políticas, dotadas de anseios ideológicos do julgador, do que propriamente técnicas — algo temerário.

O fato é que hoje percebemos uma ampliação do espaço do direito e certa conformação da política pelo direito. Ocorre que há, de acordo com as diretrizes constitucionais, uma ampliação dos espaços de vinculação dos Poderes estatais a suas atividades e deveres de realização de direitos e menor espaço para a discricionariedade por parte dos Poderes políticos. Esse aspecto aparece de forma muito significativa no caso dos direitos sociais, porque estes pressupõem escolhas entre meios e fins. A forma de realização desses direitos se dá por meio de escolhas políticas para perceber qual é a melhor maneira de realizá-los, conforme provoca Bobbio:

³³ O art. 5º, LXXI, da Constituição Federal prevê essa alternativa quando explicita: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim *qual é o modo mais seguro para garanti-los*, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados³⁴.

Para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, a ação política é determinante para assegurá-los. O que está sendo analisado é que os direitos previstos precisam produzir efeitos, e os produzem por meio de escolhas políticas ou da coação pelo Poder Judiciário. Essas escolhas políticas tradicionalmente eram isentas ou livres da atuação do Judiciário. Entretanto, o que se tem percebido, progressivamente, é um avanço das noções de vinculação e de obrigação, reduzindo o espaço da discricionariedade. Há um avanço nas possibilidades de espaço de atuação e controle do Judiciário em relação aos demais Poderes, sob a justificativa da efetivação dos direitos fundamentais.

O desafio do Poder Judiciário de controlar as questões em que deve posicionar-se e interferir nas demais esferas é muito difícil, já que vem sendo progressivamente invocado para tanto. Ele não pode escusar-se, mas, diante disso tudo, escolher a posição a ser assumida demanda muito cuidado. Essa posição justifica-se, pois a tarefa do Judiciário era muito mais simples quando se tratava simplesmente de se manifestar a respeito dos direitos individuais. O que se tem percebido é que a discricionariedade é considerada um conceito-chave para a realização de políticas públicas — que são elementos estratégicos na realização dos direitos sociais. Aqui é que se encontra a grande dificuldade sobre as políticas públicas para a realização dos direitos sociais, pois, no caso da escolha do Poder Executivo de não realizar determinada política pública, por motivos financeiros ou quaisquer outros, o Judiciário muitas vezes tem sido procurado e determinado que o Executivo assim o faça, sem considerar os motivos pelos quais dificultou a realização da política antes da intervenção judicial.

Ao mesmo tempo, existe um dever de proteção, que implica ao Estado o dever de realizar os direitos fundamentais. Portanto, a pessoa humana tem o direito de ter efetivadas tais garantias constitucionais. De acordo com a força normativa da Constituição, ocorre necessariamente a ampliação da vinculação do Estado à efetivação das medidas necessárias à realização dos direitos sociais, além de uma redução de sua discricionariedade para realizar ou não medidas nesse sentido.

³⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25.

Da dimensão objetiva dos direitos fundamentais decorre um dever de proteção, que se traduz também em um dever de realização de ações no sentido da garantia de realização desses direitos — já que se sabe que a norma deve ser válida, vigente e eficaz³⁵. Este último elemento se refere aos efeitos sociais produzidos por ela. Nesse sentido, por se tratar de normas constitucionais, os direitos fundamentais devem produzir efeitos, ser eficazes, nem que para isso se necessite recorrer ao Judiciário.

Existe então uma relação diretamente proporcional entre a redução do espaço de discricionariedade e uma progressiva vinculação a direitos por meio da Constituição, pelos referidos motivos. Quanto menor a discricionariedade, maior a vinculação e a possibilidade de controle e atuação do Poder Judiciário para garantia desses direitos. A questão é que a judicialização da política e a atuação dos juízes e tribunais devem estar pautadas em algumas reflexões a respeito da maneira como o Poder Judiciário vem atuando quando se trata de ações que reivindicam a realização de direitos fundamentais, especialmente os sociais.

Em meio a esse contexto de judicialização, poder-se-ia dizer que o Judiciário deveria, então, manifestar-se a respeito apenas em casos excepcionais, justamente para não invadir a esfera especialmente do Poder Executivo. No entanto, observa-se que, até mesmo em razão da grande demanda, essas situações não são tão excepcionais assim e acabam se justificando sob a prerrogativa de que é preciso efetivar a dignidade humana³⁶. Se isso não for realizado pelo meio político, que seja então pelo jurídico. É possível perceber que, quando o que está em jogo é a tutela de um mínimo existencial na efetivação de direitos sociais, que aparece identificada e associada à noção de proteção da dignidade humana, não incide a reserva do possível.

Percebe-se, assim, que, quando o que está em jogo é a dignidade humana, o mínimo existencial não se aplica à lógica do orçamento. A posição do Poder Judiciário tem demonstrado que, estando a dignidade da pessoa humana em jogo,

³⁵ A validade refere-se aos critérios para a formulação da norma. É um critério prévio a sua vigência. A vigência refere-se ao critério temporal, em que se permite saber se no presente há uma norma que pode ser exigida, enquanto a eficácia refere-se à perpetuação de seus efeitos sociais, pois, se não produzir efeitos, de nada adianta ser norma válida e vigente.

³⁶ Sarlet conceitua a dignidade da pessoa humana como uma “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 62).

e estando em jogo o mínimo existencial, a reserva do possível não incide. Essa posição, por mais que possa revelar uma preocupação significativa com a garantia dos direitos fundamentais e a própria garantia da dignidade humana, deve preocupar, já que parece demonstrar certa despreocupação com a noção da viabilidade do Estado no cumprimento de suas funções e tarefas. Isso porque o Estado também possui diretrizes orçamentárias importantes para sua organização e bom funcionamento que também necessitam ser respeitadas. Oliveira alerta para isso:

[...] há um entendimento corriqueiro que exagera na amplitude da *liberdade decisória* ou de *conformação* do agente público, quando a generalidade das deliberações, com raríssimas exceções, passam a ser *justificadas* pelo chavão da reserva do possível, por um qualquer *escalonamento de prioridades*, escala que só pode ser estipulada pelo agente *originalmente* incumbido, em uma extrapolação da discricionariedade (uma *discricionariedade ampliada*, que encobre a arbitrariedade), sob o argumento também de que o judiciário não está habilitado a ingressar na aferição dos critérios utilizados. Esta perspectiva enfraquece ou ignora a forma dirigente da Constituição, a vinculação que deriva da sua normatividade, a razoabilidade da concretização em função das peculiaridades fáticas. Defende-se que o campo da discricionariedade é menos extenso do que comumente se prega, que, no cotidiano das vezes, só há uma conduta a ser tomada pela Administração Pública, que há uma vasta e promissora atuação jurisdicional no que diz com a tutela das prestações positivas do Estado. Também que a reserva do possível não pode ser convertida ou deturpada em explicação para tudo, um *ás na manga*, que, na falta de alegação melhor, convincente, ao fim, tudo justifica, toda desídia, toda incompetência, todo *desvio de poder*, toda malversação de recursos públicos, toda corrupção, toda arbitrariedade³⁷.

A realidade que se apresenta é que o Poder Judiciário tem demonstrado que, além de técnico, tem agido como um ator político, atuando diretamente para o controle de políticas públicas, já que se sabe que vem atuando nesse campo e decidindo de forma muitas vezes desconectada com a realidade e com o que se apresenta em termos de viabilidade do Estado perante o orçamento. Além disso, percebe-se uma desvirtuação do conceito do mínimo existencial por parte do Supremo Tribunal Federal ao se posicionar dessa forma perante a realização dos direitos fundamentais sociais. Isso ocorre porque, quando se trata dos direitos individuais, tem-se que o Estado deve proporcionar a máxima proteção, enquanto

³⁷ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e vida da Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 394.

a efetivação dos direitos fundamentais sociais exige do Estado atuações positivas, no sentido de garantir a seus cidadãos o mínimo necessário para uma vida com dignidade.

É importante que se compreenda o sentido do Estado e que se entenda que ele também se destina à efetivação dos direitos fundamentais, sejam eles de qualquer espécie, mas que suas competências e limitações também necessitam ser respeitadas. A separação dos Poderes na Constituição Federal, que lhes impõe determinadas funções, não ocorre por acaso. Isso é importante para preservar o regime democrático, sem a possibilidade de que um Poder sobressaia, o que acabaria por gerar situações absolutas. É nesse sentido que, ao explicar as ideias de Cittadino, Trindade explana:

Considerando a importância conferida ao papel desempenhado pelos tribunais na arquitetura do Estado constitucional de Direito, o protagonismo judicial poderia ser visto positivamente se a atividade exercida pelos juízes não fosse o resultado de juízos subjetivos fundados na ponderação de valores, não violasse o equilíbrio do sistema político e não resultasse em práticas arbitrárias que colocassem em risco os pilares da democracia constitucional: a garantia dos direitos fundamentais e a preservação do regime democrático e da soberania popular³⁸.

Diante disso, o princípio da razoabilidade parece ser um meio importante para um posicionamento perante a demanda pela concretização de direitos fundamentais sociais. Poderes como o Legislativo e Executivo são os diretamente responsáveis por essa concretização. O Legislativo, ao cumprir sua atividade, proporciona as condições legais para que o Executivo, por meio de medidas prestacionais, possa criar e manter políticas públicas essenciais para a realização desses direitos.

A viabilidade da realização de tais direitos é importante para que se analise a direção que o Estado, de forma geral, está tomando. No momento em que os Poderes políticos deixam a desejar no exercício de suas funções, e abrem espaço para que um deles (no caso do constitucionalismo contemporâneo, o Poder Judiciário) tenha de interferir demasiadamente nas funções dos demais, há uma quebra no equilíbrio do Estado, e isso pode gerar consequências graves à democracia, especialmente a brasileira, recente e carente de pontos importantes de implantação efetiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais são a base do sistema constitucional. São direitos que protegem a pessoa humana e estão atraídos pelo princípio da dignidade

³⁸ TRINDADE, André K. *Direitos fundamentais e espaço público*, p. 118.

humana. Trata-se de direitos válidos, vigentes, mas que muitas vezes acabam não produzindo efeitos na vida do indivíduo. O Estado brasileiro hoje é um dos mais avançados no que tange à proteção e respeito aos direitos de seus cidadãos. Ao longo do tempo, no Brasil, houve avanços gradativos jurídicos e políticos nessa proteção. Hoje, esse Estado encontra-se em um momento importante no que se refere à previsão constitucional dos direitos fundamentais, que todavia ainda carecem de real efetivação. A busca pela confirmação dos direitos ainda ocorre, e a cada dia de maneira mais intensa.

Entretanto, para essa ratificação, é necessária muita vontade e organização, essencialmente por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, no sentido de fazer com que esses direitos sejam tratados com a seriedade que merecem. Muitas vezes o esforço não é percebido e acaba gerando a pretensão pela efetivação de direitos, aumentando o número de demandas perante o Poder Judiciário.

A carência de meios para efetivar direitos fundamentais é consequência da realidade brasileira, que vive uma modernidade tardia e apresenta problemas relacionados à concretização de direitos, especialmente os sociais. Isso tem feito os cidadãos brasileiros verem no Poder Judiciário uma esperança para tornar seus direitos eficazes.

78

A hipótese prevista para este estudo — de que há uma crescente judicialização e uma invasão do Poder Judiciário nas demais esferas de poder — se confirma, haja vista que claramente há um fenômeno de judicialização dos direitos fundamentais. Os direitos sociais, que dependem de prestações estatais para sua realização, são o principal objeto dessas demandas, que têm gerado cada vez maior interferência do Poder Judiciário nas outras esferas do Estado, tais como o Legislativo e o Executivo. A judicialização tem levado, além do risco de um desequilíbrio na separação de Poderes, a uma preocupação com a interferência do Judiciário em questões que envolvem o orçamento público, sem muitas vezes considerar a realidade da Administração Pública e suas limitações na sustentabilidade e viabilidade para a realização de direitos da forma imposta pelo Judiciário. Isso preocupa e deve ser debatido, pois leva a questionar o limite que os julgadores precisam observar para não colocar em risco a separação dos Poderes e, conseqüentemente, o regime democrático.

Parece que a noção de viabilidade das condições do Estado, associada ao princípio da razoabilidade, seria importante para uma forma razoável de atuação do Poder Judiciário, sem que este, portanto, decida conforme a ideologia de seus julgadores e coloque em perigo a democracia brasileira, ainda jovem. É um desafio permanente, mas que pode ser enfrentado, na medida em que se entenda a relevância deste debate.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CAENEGEM, R. C. Van. *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*. Tradução de Alexandre Vaz Pereira. Lisboa: Gulbenkian, 2009.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.
- DIMOULIS, Dimitri. Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*. Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o Estado de Direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- HAARSCHER, Guy. *Filosofia dos direitos do homem*. Lisboa: Inst. Piaget, 1993.
- MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. *O guardião da Constituição na polêmica Kelsen-Schmitt: Rechstaat como referência semântica na memória de Weimar*. Disponível em: <<http://repositorio.bce.unb.br/handle/10482/3525>>. Acesso em: 16 maio 2015, às 14h15.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e vida da Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- PINTORE, Anna. Derechos insaciables. In: CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo (Eds.). *Fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2005.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- REIS, Jorge Renato dos. Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais & políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STEINMETZ, Wilson Antonio. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Na democracia, decisão não é escolha: os perigos do solipsismo judicial — o velho realismo e outras falas. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre-São Leopoldo: Livraria do Advogado/UNISINOS, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

TRINDADE, André Karam. Do protagonismo ao ativismo judicial. In: REDIN, Giuliana; BRUCH, Kelly Lissandra. *Direitos fundamentais e espaço público*. Passo Fundo: Editora Imed, 2010.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Data de recebimento: 09/10/2015

Data de aprovação: 04/12/2015