

# ATIVISMO JUDICIAL E CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

## JUDICIAL ACTIVISM AND CONCRETION OF SOCIAL RIGHTS

*Luiz Elias Miranda dos Santos\**

**SUMÁRIO:** 1. Perfil da problemática; 2. Direitos sociais: gênese estrutura dogmática e crise, 2.1. Gênese, 2.2. Estrutura dogmática dos direitos sociais, 2.2.1. Direitos de liberdade x direitos prestacionais, 2.2.2. Problema político e dogmática específica dos direitos fundamentais, 2.3. A crise dos direitos sociais; 3. Ativismo judicial: problema metodológico ou político?, 3.1. Origens e desenvolvimento do ativismo judicial, 3.2. Entre método e política; 4. Concretização dos direitos sociais e os limites da atividade judicativa, 4.1. O direito e sua realização, 4.2. A concretização dos direitos sociais, 4.3. Separação de poderes e limites da atividade jurisdicional, 6. Considerações finais, 7. Referências.

**RESUMO:** o presente estudo constitui-se como uma breve investigação sobre a relação entre concretização dos direitos sociais e o ativismo judicial. O *leitmotiv* para a feitura deste artigo é o problema bastante atual no cenário da jurisdição brasileira da concretização dos direitos sociais que, ao invés de ser levada a cabo por um conjunto de política públicas emanadas do poder executivo, é tornada como algo efetivo por meio de decisões judiciais, fato este que nos leva a refletir sobre os limites da atividade jurisdicional, sobre o princípio da separação dos poderes e da eventual emergência de um governo dos juízes.

**Palavras-chave:** Concretização. Direitos sociais. Separação de poderes.

**ABSTRACT:** This study was based on a brief research on the relationship between achievement of social rights and judicial activism. The *leitmotiv* for the making of this article is the very current problem in the scenario of Brazilian jurisdiction of realization of social rights that, instead of being carried out by a set of public policy emanating from the executive branch, as something is made effective through judicial decisions, a fact that leads us to reflect on the limits of judicial activity on the principle of separation of powers and the eventual emergence of a government of judges.

**Keywords:** Concretion. Separation of powers. Social rights.

## 1 PERFIL DA PROBLEMÁTICA

Falar sobre os direitos sociais é sempre uma aventura cercada de complexidades, seja pelas implicações econômicas (muitas vezes

---

\* Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas na Universidade de Coimbra

conflituosas) que cercam a efetivação de tais direitos, seja pela indeterminação normativa<sup>1</sup> que circunda os mesmos.

A presente investigação busca debruçar-se sobre um estigma específico dos direitos sociais, econômicos e culturais, o problema de sua respectiva efetivação pela Administração Pública, uma realização que se mostra muito mais complexa do que se compararmos com outros direitos consagrados nos catálogos de direitos fundamentais, como é o caso dos direitos civis e políticos<sup>2</sup>.

Mas, aqui não nos debruçaremos apenas sobre dificuldade de efetivação de tais direitos, mas de forma específica, sobre a forma de execução dos mesmos perante a judicialização de tais direitos, ou seja, a encruzilhada na qual o julgador se encontra perante o dilema de realizar ou não os direitos sociais presentes na Constituição.

Contudo, nesta forma de concretização de uma modalidade específica de direitos fundamentais surge um fenômeno denominado ativismo judicial, que por hora denominamos – de forma muito contida e superficial – como a invasão pelo judiciário do espaço de atuação de outros poderes estatais, com a passagem dos juízes de poder de contenção rumo a um perfil de criação do direito<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre a indeterminação normativa que circunda os direitos sociais na atualidade, é emblemática a manifestação de J. J. Gomes Canotilho no sentido que “o <<transformismo normativo>> dará azo à passagem de um *discurso jurídico* rigoroso, centrado em categorias como <<direitos subjetivos>> e <<deveres jurídicos>>, para um *discurso político-constitucional* baseado em programas concretizadores de <<princípios sectores>> e de diretivas políticas”. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. <<Metodologia Fuzzy>> e <<Camaleões Normativos>> na *Problemática Actual dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*. 2ª ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 97-113 (p. 101, grifos no original).

<sup>2</sup> Usualmente há um entendimento – que consideramos por demais equivocado – sobre a natureza das liberdades clássicas (direitos civis e políticos) em contraposição com os direitos sociais econômicos e culturais. É bastante comum afirmar que os primeiros não implicam em comprometimento de receitas estatais e os segundos comprometem o orçamento estatal. Defendemos que nenhum direito é gratuito, por mais que prestações sociais tenham um custo muito mais elevado para o Estado, garantir liberdades básicas como a igualdade (em seu sentido material), a existência de um Poder Judiciário (*due process of law* ou ainda a dupla instância jurisdicional) ou o regular exercício do sufrágio, apesar de liberdades clássicas no pensamento constitucional, não são direitos gratuitos.

<sup>3</sup> A crítica que se faz aqui não busca reduzir o papel do julgador a um simples reproduzidor de subsunções de situações fáticas a textos legais, mas entender e delimitar

Desta forma, o presente trabalho estrutura-se em quatro partes essenciais, a primeira busca reconstruir a narrativa por trás dos direitos sociais, analisar sua estrutura dogmática e atual crise que se descortina sob os direitos sociais, econômicos e culturais; depois disto nos voltaremos ao problema do ativismo judicial, suas origens e compreender se o mesmo vem a ser um problema político, metodológico ou se simultaneamente pode ser envolvido sob uma temática político-metodológica; por fim, a última parte do presente escrito busca analisar a concretização dos direitos sociais e os limites da atividade judicativa não se esquecendo também das questões ligadas ao tema da separação de poderes.

## **2 DIREITOS SOCIAIS: GÊNESE, ESTRUTURA DOGMÁTICA E CRISE**

Assim como muito do que envolve as criações da cultura humana, os direitos sociais abarcam em si uma narrativa que pode ser descortinada para melhor compreendê-los. O que se busca fazer neste momento é refazer o percurso dos direitos econômicos, sociais e culturais desde sua gênese<sup>4</sup> até o atual panorama de crise da concepção europeia de *Welfare State*, passando pela análise de sua estrutura dogmática para que possamos empreender uma diferenciação dos clássicos direitos de defesa dos direitos a prestações estatais que são a essência da ideia por trás dos direitos sociais.

---

os limites da criação do direito por meio da interpretação no âmbito da dimensão prático-normativa da jurisdição. Para um conceito de interpretação além da prática descritiva do positivismo, cf. CASTANHEIRA NEVES, António. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002 (reimpressão 2010).

<sup>4</sup> É bastante comum, ao falar sobre a gênese e o desenvolvimento dos direitos fundamentais, fazer uso do paradigma classificatório geracional de Karel Wasak. Apesar de bastante didática, não usaremos a mesma, pois muitas vezes pode levar a erros no sentido de que muitas vezes tem-se a ideia de os direitos fundamentais teriam ‘data de nascimento’, ao invés de uma diferença estrutural em cada época. Sobre possíveis erros advindos de tal classificação, cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal-Coimbra Editora, 2010, p. 20-21.

## 2.1 Gênese

O Estado social (e os direitos sociais como sua implicação necessária) sempre é associado com ideias de natureza marxista de cunho emancipatórias ou muitas vezes revolucionárias. Não obstante o contributo do pensamento da esquerda e da social-democracia (esta entendida tanto como pensamento político quanto orientação partidária) no desenvolvimento da práxis que hoje denominamos Estado social, foi o pensamento de um conservador monarquista (logo após os acontecimentos de 1848) que formulou o embrião da ideia de Estado social como uma forma de desenvolvimento humano, este pensador tedesco chama-se Lorenz von Stein (1815-1890)<sup>5</sup>.

Deve-se ressaltar que os direitos fundamentais (tanto em sua vertente de liberdades e garantias quanto no âmbito de direitos prestacionais) relacionam-se com as revoluções surgidas a partir do século XVIII (é sempre o ‘germe’ revolucionário, onde há uma ínsita ideia de novo começo, que prepara o campo para o surgimento dos direitos fundamentais)<sup>6</sup>. Afirma-se que a revolução seria a causa da liberdade *versus* a tirania com a escrita de uma nova história (recomeço). Contudo, como é possível ser realmente o homem livre quando submetido a “um estado de carência constante e miséria aguda cuja ignomínia consiste em sua força desumanizadora” (ARENDDT, 2011, 93)? Sobre questão da liberdade tanto política quanto em termos de

---

<sup>5</sup> O pensamento de Lorenz von Stein sobre a ideia de Estado social com raízes hegelianas, em si muito complexo, pode ser conferido na sua obra denominada *Geschichte der Soziale Bewegung* (que data de 1850, ou seja, num curto espaço de tempo em relação à primavera dos povos). Mais próximo a nós, Manuel García-Pelayo (1909-1991) foi um grande divulgador da obra do fundador (juntamente com Robert von Mohl) da moderna ciência da administração pública alemã. Para um resumo (bastante sintético) da obra de von Stein, cf. PELAYO, Manuel Garíca. *La Teoría de la Sociedad en Lorenz von Stein*. Revista de Estudios Políticos n. 47, 1949.

<sup>6</sup> Não obstante as revoluções dos séculos XVIII e XIX de cunho liberal tenham sido o passo definitivo para a institucionalização dos direitos fundamentais, ressalte-se que tal processo de institucionalização guarda em si um longo processo de cristalização que remonta às cartas de direitos da história europeia (a Carta de *León*, datada de 1088) e a *Magna Charta* de 1215). Para uma descrição deste processo cristalizado e institucionalizado pelas modificações que emergiram da primavera dos povos, cf. ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3ª ed, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 421-435. Ainda sobre uma síntese histórica, cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional Tomo IV*. 5ª ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 9-48.

emancipação, devemos refletir sobre as consequências do modelo jurídico-político implantado após as revoluções liberais do século XIX que refletiam os ideais triunfantes da revolução francesa.

A modernidade nascida após o fim da idade média europeia desencadeou um processo evolutivo que resultou no surgimento do Estado absoluto<sup>7</sup> (primeiro em sua fase patrimonial e posteriormente, totalmente consolidada a autoridade do monarca, na fase conhecida como *Polizeistaat*<sup>8</sup>). O advento dos ideais iluministas que exigiam o exercício racional do poder político (ou seja, de forma moderada e não absoluta como o era até então) e a emergência de uma classe social detentora do poder econômico no consolidado modo de produção capitalista e ávida por se apropriar do poder político fez eclodir as revoluções liberais que instauraram o Estado de direito liberal (ou guarda noturno, na feliz e politizada expressão cunhada por Ferdinand Lassalle) no século XIX.

Como resultado direto de tal episódio da história humana, a primavera dos povos teve como implicação direta o fim do governo absoluto e a instauração imediata de um *État legal*<sup>9</sup> como figura

---

<sup>7</sup> Sobre as fases de tal processo (que não se faz possível analisar no presente trabalho), cf. HESPANHA, António Manuel. *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime: Coletânea de Textos*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984. De uma forma mais sintética, cf. ALMEIDA FILHO, Agassiz. *Formação e Estrutura do Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 15-45.

<sup>8</sup> Sobre o que vem a ser a ideia de ‘polícia’ na idade moderna, cf. SCHIERA, Pierangelo. *A ‘Polícia’ como Síntese de Ordem e Bem-Estar no Moderno Estado Centralizado*. In: HESPANHA, Antonio Manuel. *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime: Coletânea de Textos*. *ob. cit.* p. 314. Gomes Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed, Coimbra: Almedina, 2003, p. 91) aponta quatro dimensões do Estado de Polícia: “(1) afirmação da ideia de soberania concentrada no monarca, com o conseqüente predomínio soberano sobre os restantes estamentos; (2) extensão do soberano ao âmbito religioso, reconhecendo-se ao soberano o direito de ‘decidir’ sobre a religião dos súbditos e de exercer a autoridade eclesiástica (...); (3) dirigismo econômico através da adoção de uma política econômica mercantilista; (4) assunção, no plano teórico dos fins do Estado, da promoção da *salus publica* (‘bem estar’, ‘felicidade dos súbditos’) como uma das missões fundamentais do soberano, que assim deslocava para um lugar menos relevante a célebre ‘razão de Estado’ (*raison d’Etat*), apontada como a dimensão teleológica básica do chamado ‘absolutismo empírico’ (‘momento absolutista’ anterior ao ‘absolutismo iluminado’)”.

<sup>9</sup> Gomes Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. *ob. cit.* p. 95) define o Estado legal surgido em França pós-1789 como aquele alicerçado no princípio da primazia da lei. A vergação do poder político ao direito (em sua identificação com a lei, *volontè de tous* racionalizada como *volonté général*) dar-se-ia “sob um duplo ponto de vista: (1) os cidadãos têm a garantia de que a lei só pode ser editada pelo órgão

diametralmente oposta do Estado de polícia, o início da supremacia do parlamento (que teve seu apogeu neste mesmo século) consubstanciada num Estado de direito formal que subjazia uma pretensão que “todo o âmbito estatal esteja presidido por normas jurídicas, que o poder estatal e a atividade por ele desenvolvida se ajustem ao que é determinado pelas prescrições legais” (VERDÚ, 2007, p. 1).

O despontar o Estado liberal (e seu formalismo imanente) dava claras mostras de um desejado rompimento com o sistema político até então existente (com um monarca voluntarioso e interventor) rumo a formação de uma concepção estatal onde o tamanho do Estado fosse reduzido para o mínimo possível, ou seja, substitui-se um Estado interventor por um mero garante da segurança onde estaria assegurada a liberdade do mercado como força dirigente da sociedade.

Os resultados da vitória do liberalismo burguês e a consolidação de tal modelo individualista ratificado pelo formalismo do positivismo do século XIX (que assumiu a posição de paradigma metodológico do discurso jurídico) deu resultados já em fins do mesmo século e princípios do subsequente: um modelo social onde se garantia uma igualdade formal, mas inexistiam condições para a existência de uma real liberdade e onde todas as pessoas pudessem se desenvolver igualmente, com enorme concentração de capital por parte dos detentores de todos os meios de produção e uma imensidão de pessoas que nada possuíam, criando um verdadeiro “barril de pólvora social”, um cenário propício para uma nova série de revoluções onde haveria um embate agora entre possuídos e despossuídos.

Foi a partir de tal cenário de tentativa de reinvenção do Estado que surgem as reformas sociais já no final século XIX e no limiar do século XX onde neste último (em suas primeiras décadas) as lutas sociais acabariam por ser refletidas em textos constitucionais (México, Weimar), muito embora fosse uma vitória onde os conservadores puderam conter seus efeitos por meio da programaticidade normativa<sup>10</sup>.

---

legislativo, isto é, o órgão representativo da vontade geral; (2) em virtude de sua dignidade – obra dos representantes da Nação – a lei constitui fonte de direito hierarquicamente superior (a seguir às leis constitucionais) e, por isso, todas as medidas adotadas pelo poder executivo a fim de lhe dar execução deviam estar em conformidade com ela (*princípio da legalidade da administração*)”.

<sup>10</sup> O duelo entre concepção liberal do Estado (e também da Constituição) e a tentativa de construção de uma alternativa a este modelo (o Estado social) pode ser acompanhada em BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27ª ed, São Paulo:

Há necessidade de se distinguir entre os dois Estados sociais surgidos no século XX, um antes e o outro depois da II Guerra Mundial (1939-1945).

O primeiro Estado social, embora surgido por influência do socialismo e a força que o mesmo ganhou após o final da I Guerra Mundial, conflito que devastou toda uma geração com graves traumas na memória europeia, muitos dos quais estariam ainda ‘em carne viva’ ao despontar o conflito seguinte, acabou deturpado pela ideologia fascista (em seus vários matizes) que fizeram surgir “avanços sociais” como forma de manter a sociedade mais dócil e dependente do Estado (foi o que aconteceu no Brasil, que também vivia um período de fascismo, com o início da prática conhecida como clientelismo que pode ser observada de forma muito clara na legislação social da época), que progressivamente ambicionava incorporar aquela de uma forma “total”, até que não houvesse mais uma diferença perceptível entre os dois.

O segundo Estado social, temperado pela ideia de um Estado direito em sentido material, vem se apresentar como uma alternativa entre dois polos extremos: “de um lado, a irracionalidade do sistema capitalista, que dá origem a um novo feudalismo econômico encoberto pelo Estado formal de Direito; de outro, a irracionalidade fascista” (PELAYO, 2009, p. 5).

Em suma, o Estado social democrático não busca tornar a sociedade mais facilmente manipulável por meio de prestações sociais, mas antes disso, assegurar o pleno desenvolvimento de toda a população por meio de um tratamento desigual para aqueles que não são iguais (daí o seu caráter material) imbuído de um sentimento de justiça social com fins emancipatórios. O referencial do Estado social acredita que tal igualdade será alcançada principalmente por meio de ações afirmativas e prestações sociais por parte do Estado, ou seja, não se trata de omissão estatal para garantir a liberdade, mas agora de uma ação estatal para criar condições de uma real liberdade das pessoas, pois “a pobreza é sórdida porque coloca os homens sob o ditame absoluto de seus corpos”

---

Malheiros, 2012, p. 240 e ss. Também em língua portuguesa, é emblemático um estudo sobre as normas constitucionais programáticas em CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Um Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2ª ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

(ARENDDT, 2011, p. 93) e ninguém pode ser simplesmente livre sem condições no mínimo dignas de existência.

Hoje, muito mais do que em fins do século XIX ou no limiar do século passado, o Estado social com sua ideia de procura existencial<sup>11</sup> é uma realidade muito mais palpável e efetiva, apesar de limitações política impostas pela indeterminação e programaticidade normativa, limitações orçamentárias, dentre outros problemas.

A ideia de Estado social encontra-se contemplada em várias Constituições mundo afora, seja sob a forma de um catálogo específico de direitos sociais, econômicos e culturais (Brasil, Portugal, Espanha, Itália, etc), seja sob a forma de uma cláusula social<sup>12</sup> (*Sozialklausel*, caso específico da Alemanha).

Dentro da dogmática constitucional contemporânea, dos princípios sob os quais repousa o Estado social, deve-se destacar um em especial, a solidariedade.

A necessidade de uma melhora das condições sociais como um todo pode ser entendida como “uma consequência política e lógico-material do princípio democrático (E. W. Böckenförde)” (CANOTILHO, 2003, p. 335), ou até mesmo uma radicalização das ideias de liberdade, democracia e de boa ordenação da sociedade. Daí que entra a ideia de solidariedade social, pois o aprimoramento da comunidade (busca existencial) não deve ser entendido como uma atividade exclusiva do Estado, ou seja, deve haver uma interação entre sociedade e o ente estatal para uma evolução das condições de cada cidadão, ou seja, pela ideia de solidariedade, cada pessoa é construtora e beneficiária do Estado social, cada uma contribuindo da forma que é possível e mediante suas condições (aspecto de igualdade material da solidariedade social).

Para o futuro, de todos os desafios que surgem (além da sustentabilidade fiscal e os limites do Estado social), o que se mostra mais interessante seria o “apelo à colaboração, à complementaridade e até à competitividade que pode vir de entidades da sociedade civil” (MIRANDA, 2012, p. 479) em detrimento de um puro estatismo na

---

<sup>11</sup> A ideia de procura existencial (*Daseinvorsorge*) é um conceito originariamente cunhado por Ernst Forsthoff (1902-1974) e, por meio de uma crítica, aprimorado por Ernst Rudolf Huber (1903-1990). Para uma síntese do que vem a ser procura existencial, cf. PELAYO, Manuel García. *As Transformações do Estado Moderno*. ob. cit. p. 13-18.

<sup>12</sup> Sobre a cláusula social na *Grundgesetz* alemã, cf. BENDA, Ernst. *et alii*. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 532-534.



implementação dos direitos sociais e das políticas públicas deles advindas no sentido de uma iniciativa social como expressão do já mencionado princípio da solidariedade.

## 2.2 A estrutura dogmática dos direitos sociais

É inequívoco que os direitos sociais possuem uma imensa carga política, tanto que algumas vezes é questionável se os mesmos sejam direitos no sentido propriamente jurídico-normativo da palavra ou que não passem de uma simples “proclamação política ou de mero cumprimento retórico de um ritual politicamente correto, mas dogmaticamente inconsequente” (NOVAIS, 2010, p. 9). Não obstante, defende-se a possibilidade da compreensão dos direitos sociais por meio de uma dogmática para além da remissão às normas programáticas.

Um dos campos mais férteis do debate jurídico-constitucional na atualidade é a seara de uma teoria dos direitos fundamentais. O grau elevado de intensidade deste debate deve-se (em muito) à tese da fundamentalidade<sup>13</sup> que atribui aos direitos fundamentais um local de destaque como um dos alicerces do moderno Estado constitucional.

### 2.2.1 Direitos de liberdade x direitos prestacionais

É comum contrapor às clássicas liberdades (direitos de defesa) os direitos sociais como ao se falar de ambos não se estivesse a falar de um modo geral de duas espécies de direitos fundamentais<sup>14</sup>. Em relação aos direitos e garantias, os direitos sociais

são apenas direitos diferentes destes, sujeitos ao *regime geral* dos direitos fundamentais, mas não beneficiando do *regime especial* dos direitos, liberdades e garantias (a não ser que constituam direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias) (CANOTILHO, 2003, p. 403).

---

<sup>13</sup> Sobre a tese da fundamentalidade e sua classificação em formal e material, cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudio Políticos y Constitucionales, p. 503-506. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. *ob. cit.* p. 379.

<sup>14</sup> Neste mesmo sentido, cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais*. *ob. cit.* p. 19.

Ao pensarmos no antagonismo entre direitos civis e políticos e os sociais pensa-se também uma contraposição entre liberdade negativa e positiva<sup>15</sup>. A liberdade negativa teria o objetivo de “criar um círculo ao redor do indivíduo, círculo dentro do qual nem o Estado nem os demais indivíduos podem interferir” (FARELL, 1989, p. 9), tal conceito corresponde à ideia ínsita nas liberdades clássicas, ou seja, uma garantia do cidadão contra possíveis arbítrios do Estado dentro de um conceito de *status* negativo como o veio a definir Georg Jellinek<sup>16</sup>. A liberdade positiva, por sua vez, pode ser vista como um plano de autorrealização do indivíduo, todavia, ante a impossibilidade de todo cidadão ter esta capacidade de realização por suas próprias forças, caberia ao Estado esta tarefa de auxiliar o atingimento da “procura existencial” entrando aí a dimensão distribuidora do Estado social<sup>17</sup>.

Daí que ante a necessidade do Estado em auxiliar os cidadãos na procura existencial percebe-se a mudança das funções dos direitos fundamentais. De um espectro de simples negação da ação do corpo político com o escopo da “defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coativos)” (CANOTILHO, 2003, p. 407), os direitos fundamentais passam a ter função que possibilitem aos cidadãos exigirem prestações positivas do Estado nesta busca de completo desenvolvimento ficando claro que “os direitos fundamentais contêm além de uma proibição de intervenção, um postulado de proteção” (MENDES *et alii*, 2012, p. 677).

O grande problema é justamente a diferença entre tais direitos. Enquanto os direitos que implicam uma liberdade negativa basta – em geral, mas não necessariamente – uma posição de não intervenção e inércia, ao falarmos em liberdade positiva (direitos prestacionais)

como implicam em uma obrigação positiva do Estado de fazer ou de dar, colocam ao mesmo uma série de exigências práticas para sua satisfação que não podem ser atendidas

---

<sup>15</sup> Aqui, invoca-se o magistério de Isaiah Berlin (*Quatro Ensaios Sobre a Liberdade*. s/d, p. 11) ao falar sobre uma liberdade negativa (“Qual é a área em que o sujeito — um indivíduo ou um grupo de indivíduos — está livre, ou se deveria permitir que fosse, da interferência dos outros?”) e outra positiva (“O que ou quem é a fonte de controle ou de interferência que pode determinar que alguém faça, ou seja, uma coisa e não outra?”).

<sup>16</sup> Sobre o conceito de *status* negativo (e a problematidade em sua definição), cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. *ob. cit.* p. 251.

<sup>17</sup> Sobre a função de distribuição (e redistribuição) de bens econômicos pelo Estado, cf. PELAYO, Manuel García. *As Transformações do Estado Contemporâneo*. *ob. cit.* p. 18.

senão dispondo de meios adequados, alcançáveis somente ao preço de profundas transformações das relações sociais baseadas na economia liberal (PACE, 1989, p. 55).

Superando questões por demais já abordadas sobre distinções entre regras e princípios<sup>18</sup>, falemos dos direitos fundamentais (afirmação que vale também para os direitos sociais como beneficiários do regime geral daqueles) como direitos subjetivos, mas qual o real significado de tal alegação em termos analíticos, empíricos e normativos?<sup>19</sup>

Entender os direitos fundamentais como direitos subjetivos implica em compreendê-los sob uma dimensão potestativa, ou seja, o titular de tal direito tem a possibilidade de exigir seu cumprimento perante o destinatário do mesmo. Definir os direitos fundamentais sem esta dimensão subjetiva é tornar os mesmos sem nenhum efeito, uma vez que a ideia que origina a criação dos mesmos é a construção de um espaço inviolável do cidadão em relação ao Estado ou da possibilidade daquele exigir deste alguma espécie de prestação.

Após esta breve digressão sobre as funções e a concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos (que vai ter direta influencia ao falarmos da concretização de tais direitos e sua atual judicialização), continuemos a análise sobre a dogmática dos direitos sociais ao analisar os direitos prestacionais.

Pode-se afirmar com bastante clareza “que nem todo direito a prestações é um direito social”<sup>20</sup>, sendo possível falar em direitos a ações positivas do Estado (prestações) em sentido amplo e em sentido estrito, estes últimos sim, são verdadeiramente os direitos sociais.

Quase todos os direitos fundamentais podem possuir uma dimensão prestacional em sentido amplo (mesmo as liberdades negativas

---

<sup>18</sup> A literatura sobre regras e princípios já não é abarcável. Como leituras essenciais, cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. ob. cit. AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2ª ed, São Paulo: Malheiros, 2010. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 12ª ed, São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>19</sup> Sobre as dimensões citadas, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. ob. cit. p. 1253. AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. ob. cit. p. 30-32. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. ob. cit. p. 29-32.

<sup>20</sup> AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. ob. cit. p. 78.

de matriz liberal), o que nos interessa para a presente investigação são as prestações em sentido estrito e as diferenciações que podem existir dentro da ideia de suporte fático e conteúdo essencial dos direitos sociais.

### 2.2.2 Problema político e a dogmática específica dos direitos sociais

Como já dito anteriormente, o conteúdo político é algo bastante forte nas normas de direitos sociais, teor este que traz em si a narrativa do conflito entre concepções liberal e social do Estado, tal antagonismo ainda hoje é perceptível nas diversas formas de conformação legislativa dos direitos sociais, econômicos e culturais<sup>21</sup>.

Além da luta política na criação dos direitos fundamentais (sejam eles liberdades ou prestações em sentido estrito), a sua efetivação foi uma árdua tarefa desempenhada por juristas e tribunais em contraposição ao legislador ‘todo poderoso’ que emergiu da revolução francesa. A própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão era clara ao entender como Constituição um sistema que garantisse direitos universais dentro de um esquema organizatório que consagrasse a separação de poderes. Todavia “por mais de século e meio, os direitos fundamentais permaneciam no limbo da mera proclamação política simbólica em contraste com a dominância jurídico-formal com a ideia de separação de poderes” (NOVAIS, 2010, p. 22). Ainda hoje uma grande tensão ainda cerca o plano da efetivação principalmente dos direitos sociais, pois a ideia de plena normatividade de tais direitos e sua exigência por parte dos cidadãos gera um embate entre a ideia de liberdade de conformação da Administração Pública ao constituir políticas públicas conexas aos direitos sociais e a possibilidade de exigir diretamente prestações consagradas no texto constitucional ou em normas ordinárias, confronto que deságua nos limites da atuação do Estado e muitas vezes coliga-se à compreensão da ideia da separação de poderes.

De fato, observa-se com muita clareza que os direitos sociais não conseguiram atingir uma densificação teórica tão apurada como seus ‘irmãos de catálogo’ (direitos de liberdades), seja pelas dificuldades políticas da realização dos direitos sociais, seja pela dificuldade na

---

<sup>21</sup> Tais formas são explicitadas em CANOTILHO, J. J. Gomes. *Tomemos a Sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*. ob. cit. p. 37-38: (1) normas programáticas, (2) normas de organização, (3) garantias institucionais e (4) direitos subjetivos.

enunciação normativa dos mesmos pela forte influência que a política e economia realizam em sua práxis ou ainda pela impossibilidade de distinguir na prática o que vem a ser os direitos sociais e as políticas públicas voltadas para a concretização dos mesmos.

Posteriormente, dentro de uma dogmática específica dos direitos sociais, econômicos e culturais, cumpre aqui destacar dois pontos essenciais que os diferencia dos demais direitos fundamentais: a ideia de suporte fático e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Suporte fático e conteúdo essencial são duas estruturas comuns a qualquer direito fundamental, independentemente de sua modalidade, o que muda é como cada estrutura vai ter uma conformação diferente se for um direito social ou um direito de liberdade, para nós o que importa a efetuar uma imersão nas estruturas específicas dos direitos sociais.

Apesar da imensa literatura que diz respeito aos direitos fundamentais, a ideia de suporte fático é pouco trabalhada apesar da grande importância analítica de sua delimitação e conceito para uma norma de direito fundamental. O conceito de suporte fático está intimamente ligado à natureza deontológica das normas jurídicas no sentido de que as mesmas possuem uma dimensão ideal onde se prevê certa situação e associa o acontecimento da mesma a uma determinada consequência a ser observada.

Em suma, pode-se definir suporte fático de forma abstrata e concreta. Diz-se abstrato o suporte fático formado pelos atos descritos por uma norma ao qual se associa determinada consequência: “preenchido o suporte fático, ativa-se a consequência jurídica” (AFONSO DA SILVA, 2009, P. 67-68), o suporte fático concreto já não diz respeito a esta mediação entre norma e fato da realidade, mas especificamente refere-se à ocorrência no ‘mundo da vida’ do fato inserido na norma jurídica. Todas as normas ligam-se ao conceito de suporte fático, todavia, para as normas de direitos fundamentais a composição do suporte fático traz em si consequências não presentes em qualquer norma jurídica.

Após clarificarmos o que vem a ser suporte fático, deve-se analisar os elementos do mesmo, ficando claro desde já que o suporte fático é composto pelo âmbito de proteção (*Schutzbereich*)<sup>22</sup> e a intervenção estatal.

---

<sup>22</sup> Gomes Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição. ob. cit.* p. 1262) prefere nomear o âmbito de proteção como “domínio normativo” (*Normbereich*).

Toda norma jurídica possui um objetivo prático de proteger algum bem que seja importante para a comunidade que se sujeita a este direito. Dentro de uma teoria dos direitos fundamentais o primeiro dos elementos do suporte fático vem a ser “o âmbito dos bens protegidos por um direito fundamental (...) são ações, estados ou posições jurídicas nos respectivos âmbitos temáticos de um direito” (AFONSO DA SILVA, 2009, p. 72). Deve-se entender como âmbito de proteção sempre aquilo que é protegido por uma norma de direito fundamental, ou seja, aquele conteúdo que o direito fundamental imporá uma ação ou omissão estatal no sentido proteger aquele bem.

Dentro do conceito de suporte fático engloba-se também, além do âmbito de proteção, o de intervenção estatal. Intervenção estatal mostra-se de definição mais simples como a intervenção do Estado na esfera de liberdade do indivíduo e o suporte fático só ficará caracterizado se além do âmbito de proteção, observarmos também a intervenção estatal<sup>23</sup>.

Nesta breve análise dogmática já é possível perceber que a mesma estrutura de suporte fático adota para os direitos de liberdade não pode ser aproveitada integralmente pelos direitos sociais. Enquanto a análise do âmbito de proteção e da intervenção estatal num clássico direito de defesa impõe a conclusão de que a consequência fática associada ao fato previsto no suporte é de uma omissão estatal com a garantia de que nada intervirá na esfera de liberdade do cidadão, a mesma conclusão não pode ser obtida ao analisarmos a estrutura do suporte fático dos direitos sociais.

Os direitos sociais, econômicos e culturais, como já sabido exaustivamente, possuem uma índole prestacional, um *facere* por parte do Estado em relação ao cidadão (o que já não acontece nos clássicos direitos de defesa). Quanto ao âmbito de proteção de um direito social, esta dimensão não se mostra complexa independentemente de qual direito social estejamos a nos referir (saúde, educação, trabalho, etc), pois se pode afirmar que “o âmbito de proteção de um direito social é composto pelas ações (ou posições) estatais que fomentem a realização desse direito” (AFONSO DA SILVA, 2009, p. 77), o que exige um

---

<sup>23</sup> A solução apontada por Virgílio Afonso da Silva (*Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia. ob. cit.* p. 71) para determinar o suporte fático de um direito fundamental é bastante prática: (1) O que é protegido? (2) Contra o quê? (3) Qual a consequência jurídica que poderá ocorrer? (4) O que é necessário ocorrer para que a consequência jurídica também possa ocorrer?

esforço criador é no sentido de adaptar a ideia de intervenção estatal. No âmbito de um direito social não se imagina uma ação do Estado que interfira na saúde ou na educação de seus cidadãos, mas justamente uma atuação ineficiente ou até mesmo inexistente, o que nos direitos de liberdade configura-se como uma forma de impedir o livre exercício de uma faculdade individual nos direitos sociais tal intervenção estatal implica em “não agir ou agir de forma insuficiente” (AFONSO DA SILVA, 2009, p. 77).

O conteúdo essencial dos direitos fundamentais é um tema amplamente ligado à temática das restrições a direitos fundamentais no sentido de funcionarem como uma *ultima ratio*, ou “limite dos limites” (limitação imanente) à atividade restringente de tais direitos. Obviamente não estamos a falar sobre restrições a direitos fundamentais, mas acreditamos que a ideia de conteúdo essencial pode ser bastante útil para a densificação de um perfil dogmático exclusivo dos direitos sociais no sentido de efetivar uma taxonomia entre direitos de liberdades e os direitos a prestações em sentido estrito.

A teoria do conteúdo (ou núcleo) essencial dos direitos fundamentais deve muito ao labor jurisprudencial do *Bundesverfassungsgericht* da República Federal da Alemanha. Sobre a ideia de conteúdo essencial, a chave para a compreensão de tal teoria seria se a mesma “visa assegurar que o direito fundamental em geral, ou seja, em seu caráter normativo objetivo, não seja esvaziado, perdendo plenamente sua eficácia, ou alcançaria somente a posição jurídico-subjetiva” (WOLSCHNIK, 2005, p. 94).

Em suma, a garantia de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais funciona como uma proteção contra a atividade legislativa e interpretativa que possam esvaziar os direitos fundamentais cumprindo o objetivo de criar um ‘núcleo intangível’ que possa funcionar como substrato básico de um direito fundamental.

Dogmaticamente, podemos classificar a teoria do núcleo essencial em duas principais vertentes: absoluta e relativa. Enquanto os seguidores de uma teoria absoluta<sup>24</sup> acreditam que pode existir um núcleo essencial

---

<sup>24</sup> A teoria absoluta sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais não é um bloco unitário, podendo ser dividida ainda em dinâmico e estático, para tais definições (que não constituem no objetivo da presente investigação), cf. AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. ob. cit. p. 187-191.

dos direitos fundamentais “como uma unidade substancial autônoma (...) que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de uma eventual decisão legislativa” (MENDES *et alii*, 2012, 243). Por sua vez, os adeptos de uma teoria relativa advogam que o núcleo essencial de um direito fundamental “há de ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo (...). o núcleo essencial seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins” (MENDES *et alii*, 2012, 243).

Obviamente, cada classificação tem seus prós e contras. Enquanto a vertente relativa busca uma ênfase nos casos concretos visando uma hermenêutica concretizadora dos direitos fundamentais enquanto posições subjetivamente individuais, a linha absoluta busca construir (objetivamente) um ‘núcleo duro’ dos direitos fundamentais independente de situações concretas que possam ensejar a limitação dos mesmos com claro direcionamento à atividade legislativa. Mas, independentemente de qual concepção venha a ser adotada sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, ambas destinam-se a um objetivo em comum: atribuir aos direitos fundamentais um núcleo básico mínimo que não possa ser atingido nem pela atividade do legislador, nem pelo labor hermenêutico do intérprete, tudo isto para garantir que os direitos fundamentais não sejam reduzidos a algo inservível ou de natureza meramente declaratória.

Anteriormente referimo-nos à estrutura do suporte fático em relação aos direitos fundamentais sociais, neste momento importa fixar qual seria o conteúdo essencial ao falarmos das prestações sociais.

Afirmar que os direitos sociais são direitos fundamentais e não lhe garantir um núcleo básico de proteção seria no mínimo contraditório e, pela sua natureza de direitos prestacionais oferecidos pelo Estado em relação ao cidadão, seria reduzir os mesmos a meras declarações políticas desprovidas de conteúdo prático básico.

Desta forma, quanto ao conteúdo essencial dos direitos sociais, econômicos e culturais como segundo traço distintivo básico em relação às liberdades básicas, faz-se necessário determinar o que seria o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais.

É por demais sabida a ideia de otimização, onde qualquer direito deve ser realizado no maior grau possível levando sempre em



consideração as situações fáticas e jurídicas existentes<sup>25</sup>. Contudo, deixar os direitos sociais confiados à instável posição das condições existentes pode soar como um tom relativista e aberto a oposições perigosas e redutoras dos direitos sociais tais como a reserva do possível. Diante de tal problemática, mostra-se interessante identificar a ideia de conteúdo essencial dos direitos sociais com a de mínimo existencial.

O conceito de mínimo existencial é confuso, pertencendo ao grupo dos conceitos jurídicos indeterminados. Podemos aqui fixar três posições que podem elucidar a compreensão de tal noção, sendo possível afirmar que mínimo existencial seria “(1) aquilo que é garantido pelos direitos sociais – ou seja, direitos sociais garantem apenas um mínimo existencial; (2) aquilo que, no âmbito dos direitos sociais, é justificável – ou seja, ainda que os direitos sociais possam garantir mais, a tutela jurisdicional só pode controlar a realização do mínimo existencial, sendo o resto mera questão de política legislativa; e (3) o mesmo que conteúdo essencial – isto é, um conceito que não tem relação necessária com justificabilidade e, ao mesmo tempo, não se confunde com a totalidade do direito social”<sup>26</sup>.

De forma quase que automática podemos descartar que o mínimo existencial seja tudo aquilo que é garantido pelos direitos sociais (posição 1) por uma negação recíproca, pois se a ideia de conteúdo essencial remete a uma parcela mínima de substância que um direito fundamental pode possuir, obviamente deve-se associar o conteúdo essencial dos direitos sociais à ideia de mínimo existencial como a realização mínima pela Estado de ações que garantam o desenvolvimento do indivíduo.

### 2.3. A crise dos direitos sociais

O Estado social, como é sabido, consolida-se como principal modelo de política estatal após a II guerra mundial e neste período vive

---

<sup>25</sup> Esta consideração remete à ideia de mandados de otimização, sobre tal conceito, cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. *ob. cit.* p. 86 e ss. AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. *ob. cit.* p. 46. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. *ob. cit.* p. 37.

<sup>26</sup> AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. *ob. cit.* p. 205.

sua “era de ouro”<sup>27</sup> (1947-1973). Eram tempos de pleno emprego, crescimento econômico e avanços sociais onde se tinha ilusão que o estado de coisas permaneceria sempre assim num constante avanço.

Contudo, os anos 1970 do século XX marcam o início da derrocada do Estado social e o ressurgimento de ideologias neoliberais nas políticas estatais em importantes países como foi o caso do governo de Margareth Thatcher no Reino Unido e da era Reagan nos EUA.

Algo marcante para os direitos sociais a partir desta primeira crise deste modelo estatal foi a compreensão de o Estado social só seria uma prática sustentável se o crescimento econômico se mantivesse como uma constante.

A partir daí também foram surgindo outros desafios para o Estado social tais como “seus custos, suas possíveis contradições e sua capacidade de reprodução” (PELAYO, 2009, p. 2), ou seja, começou-se a questionar quais os limites da socialdemocracia e como atingir o equilíbrio entre prestações sociais e austeridade fiscal das contas do Estado, sendo que muitas vezes a implementação dos direitos sociais, não obstante o caráter positivo no presente, não tem se tornado uma espécie de ‘mal silencioso’ para as gerações futuras?

Outro fenômeno no que diz respeito à crise do Estado social é bastante contraditório (para não fazer o uso da palavra irônico).

Uma das principais ideias por trás do Estado social é a questão da solidariedade, ou seja, com base na justiça distributiva<sup>28</sup>, garantir o pleno desenvolvimento das capacidades dos cidadãos, garantia que seria observada com uma melhor distribuição (ou redistribuição) dos bens essenciais pelo Estado.

Contudo, um dos principais resultados da política estatal de distribuição com fins de plasmar um sistema social mais justo surtiu um efeito contrário, pois ao invés de criar cidadãos mais solidários num ambiente de fraternidade social, tornou-os mais egoístas onde acreditam os mesmos serem unicamente destinatários de direitos e que os mesmos

---

<sup>27</sup> Tal expressão é utilizada com bastante propriedade por Eric J. Hobsbawm (1917-2012). Para um panorama desta época de triunfo do ‘socialismo europeu’ (ou socialdemocracia), cf. HOBBSAWM, Eric J. *A Era dos Extremos – O Breve Século XX*. 10ª ed, São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 253-281.

<sup>28</sup> Ideia aristotélica que ganha força no século XX em termos políticos a partir do esforço intelectual de John Rawls em formular uma teoria da justiça. Sobre as ideias básicas de princípios de justiça como máximas para a boa ordenação da sociedade, cf. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 3ª ed, São Paulo: Martins Fontes, 2008.

devem ser financiados pelo Estado, não cabendo ao cidadão nenhuma contrapartida para financiar (em parte) prestações das quais será destinatário.

Em suma, pode-se afirmar que o Estado social (em total desvio de seus objetivos originários) fez com que as pessoas olvidassem a ideia de uma “ética da responsabilidade” (Martin Kriele), ou seja, direito e responsabilidade não devem ser realidade isoladas, mas necessariamente coligadas, pois, por “serem estas duas categorias éticas (responsabilidade e liberdade) que, como seus atributos, fazem de cada homem uma pessoa”<sup>29</sup>.

Finalizando a temática da crise, a bem da verdade, os governos tanto cavaram sua própria sepultura ao não pensar na práxis dos direitos sociais acompanhada por uma série de “boas práticas” que visassem garantir o equilíbrio econômico-financeiro das contas públicas<sup>30</sup>, restando apenas o desafio de conformar os “cidadãos ideais”<sup>31</sup> criados pelo Estado social que relutam em assumir responsabilidade e custear a parte que lhes caberia<sup>32</sup>.

### 3 ATIVISMO JUDICIAL: PROBLEMA METODOLÓGICO OU POLÍTICO?

Desde o início do presente trabalho buscamos associar a concretização dos direitos sociais ao ativismo judicial. No presente

---

<sup>29</sup> PINTO BRONZE, Fernando José Couto. *A Metodonomologia Entre a Semelhança e a Diferença (Reflexão Problematizante dos Polos da Radical Matriz Analógica do Discurso Jurídico)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 23.

<sup>30</sup> Uma reflexão sobre a adoção dessas boas práticas (*good governance*) no intuito de manter o Estado social como algo sustentável pode ser encontrada em CANOTILHO, J. J. Gomes. “*Bypass*” *Social e o Núcleo Essencial de Prestações Sociais*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*. ob. cit. p. 243-268.

<sup>31</sup> Sobre o conceito de cidadão ideal, cf. DEL ÁGUILA, Rafael. *La Senda del Mal: Política y Razón de Estado*. Madrid: Taurus, 2000, p. 15; 19-20.

<sup>32</sup> Ressalte-se que a temática das relações entre direito e crise é relativamente esquecida no direito constitucional, mas tem renascido no contexto da atual crise econômica. Nesta temática além dos hoje clássicos SCHMITT, Carl. *Teologia Política: Quatro Capítulos sobre a Doutrina da Soberania*. In: *A Crise da Democracia Parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996. REINACH, Theodore. *De L'État de Siège: Etude Historique et Juridique*. Withefish: Kessinger Publishing LLC, 2010. Dentre os mais recentes que tratam sobre o tema, cf. AGAMBEN, Giorgio. *Stato di Eccezione*. Torino: Bollati Boringhieri, 2003. SAINT-BONNET, François. *L'État d'Exception*. Paris: PUF, 2001.

tópico buscaremos ressaltar as linhas essenciais do ativismo judicial para posteriormente associá-lo à concretização dos direitos sociais no âmbito de sua judicialização.

### 3.1 Origens e desenvolvimento do ativismo judicial

Ante a crescente importância do sentido prático do direito após a derrocada do modelo metodológico conhecido por positivismo jurídico, pode-se afirmar que o “poder judicial, a função judicial ou, sobretudo e melhor, a jurisdição tornaram-se um tema e um problema centrais no universo jurídico dos nossos dias” (CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 161) no sentido de fixar os limites da atividade jurisdicional, visto que a atividade dos juízes ao exercerem a *jurisdictio* resvala diretamente no princípio da separação de poderes, um dos alicerces do conceito contemporâneo de Estado que emergiu após a revolução francesa.

Ao falar sobre os excessos cometidos pelos juízes no exercício de suas funções, usualmente a tais abusos é associada a expressão ‘ativismo judicial’ para designar sua postura. Frequentemente a expressão ativismo judicial é “atribuída a Arthut Schlesinger Jr. que a terá utilizado pela primeira vez num artigo publicado na revista *Fortune*, em janeiro de 1947” (URBANO, 2012, p. 89), outras vezes busca-se uma origem anterior para a ideia de ativismo num texto de Édouard Lambert de 1921 (*Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L’expérience américaine du controle judiciaire de la constitutionnalité des lois*), ou seja, sempre associando a ideia de ativismo judicial à práxis jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos na época de implementação do *New Deal* no governo Roosevelt (1933-1945), fato este que apesar de em termos históricos estar totalmente correto, claramente ignora influências metodológicas mais remotas, apesar da relevância que os fatos ocorridos naquele país tenham contribuído bastante para o debate sobre o ativismo judicial.

Pode-se determinar a origem mais remota do ativismo judicial no Movimento do Direito Livre surgido em fins do século XIX e princípios do século XX como uma reação ao formalismo jurídico da jurisprudência dos interesses<sup>33</sup> capitaneado pelos juristas Oskar Bülow, Stammler,

---

<sup>33</sup> Sobre o que vem a ser a jurisprudência dos interesses, cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 5ª ed, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009, p. 63-77. CASTANHEIRA NEVES, António. *Jurisprudência dos Interesses*. In:

Ehrlich, Hermann Kantorowicz, F. Géný, E. Fuchs, H. Isay, dentre outros.

No final do século XIX observou-se o apogeu do conceito positivista de ciência, representado no direito pelo normativismo legalista (identificação entre lei e direito como pressuposto fundamental) onde a ideia de jurisdição girava em torno do paradigma da aplicação “segundo um esquema intencionalmente metódico da lógico-dedutiva aplicação das normas legais, e o juiz como operador impessoal, anônimo e fungível dessa aplicação” (CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 178), ou para sermos mais simples, a dimensão prático-normativa do direito nessa época esgotava-se na ideia de subsunção do texto legal à situação prática sem nenhuma oposição crítica do intérprete. A reação do movimento do direito livre passa pela ideia básica de que a “decisão judicial é uma atividade criadora, dirigida pelo conhecimento” (LARENZ, 2009, p. 79) ou ainda na crença da “judicativo-decisória realização do direito mediante o apelo a critérios normativos extralegais e em termo com fundamento na sua autônoma e pessoalmente responsável procura do justo” (CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 193).

Não obstante a importante contribuição estadunidense sobre o ativismo judicial, não podemos esquecer-nos da importância de outras correntes para o desenvolvimento da ideia que atualmente conhecemos como ativismo judicial tais como as jurisprudências neomarxistas italianas (magistratura democrática)<sup>34</sup> e o direito alternativo brasileiro<sup>35</sup>.

### 3.2 Entre método e política

O ativismo judicial é um problema que pode se manifestar nas mais diversas áreas do direito em seu sentido prático: a jurisdição. Sem

---

CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros vol. 2*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 215-246.

<sup>34</sup> Sobre o uso alternativo do direito de origem italiana, cf. BARCELLONA, Pietro. *L'Uso Alternativo del Diritto 2 vols*. Roma: Laterza, 1973.

<sup>35</sup> O direito alternativo brasileiro foi um movimento de grande prestígio de ênfase predominantemente judiciária nos anos 60 e 70 do século passado (“anos de chumbo”) e funcionou como uma resistência ao poder e a um direito ilegítimos emanados do governo militar que havia efetivado um golpe de Estado em 1964. Sobre as linhas essenciais de tal movimento, cf. HERKENHOFF, João Baptista. *Direito e Utopia*. 5ª ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

embargo, ele é muito mais problemático na seara do direito constitucional visto que este ramo lida diretamente com a organização dos poderes estatais e as limitações do mesmo por meio dos direitos fundamentais e, como aqui se tem como foco os direitos sociais, ao nos indagarmos sobre tal problema, deve-se ter o horizonte político da Constituição.

É razoável levantar uma dúvida de qual seria a natureza do problema do ativismo judicial. Por um lado, podemos afirmar que ele possui uma essência política, pois “desde o fim da antiguidade a Constituição vem sendo considerada o lugar de conjugação entre direito e poder e, em seguida, direito e política” (PORTINARO, 1996, p. 5). Por outro lado, o ativismo também pode ser compreendido por meio de um viés metodológico, ou seja, uma investigação sobre os limites do espaço decisório que pode ser ocupado pelo magistrado no momento da resolução de uma controvérsia.

Não é possível manter uma compreensão exclusivista do problema do ativismo judicial, pois da mesma forma que é importante ter em mente as repercussões políticas do problema em temas tais como a separação de poderes e o exercício do poder político, também nunca se deve olvidar a importância que o método decisório ou uma teoria da decisão jurídica possuem para o regular exercício do poder judicial dentro dos limites que se espera num Estado democrático, onde cada um dos poderes do Estado compreenda a parte que lhe cabe na dinâmica política<sup>36</sup>.

Desta forma, qualquer delineamento que se pense sobre o ativismo judicial, deve-se sempre atentar para as questões tanto políticas quanto metodológicas, dando a este problema o tratamento de uma questão que nunca deixou de caminhar dentre duas sendas como uma real imbricação político-metodológica.

#### **4 CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E OS LIMITES DA ATIVIDADE JUDICATIVA**

Comumente associa-se a ideia de um ativismo judicial na concretização dos direitos sociais como uma “opção pelos pobres na

---

<sup>36</sup> Sobre as situações típicas do ativismo judicial num panorama mais concreto, cf. URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional: Evolução Histórica e Modelos do Controle da Constitucionalidade*. ob. cit. p. 96-97.

ciência do direito e na atividade jurisprudencial” (CANOTILHO, 2010, p. 33), mas em termos da judicialização dos direitos sociais, quais os limites nos quais tal opção pelos pobres pode ser feita?

#### 4.1 O direito e sua realização

Mostra-se impossível adentrar na temática da concretização dos direitos sociais sem antes fazer uma breve incursão na atual discussão metodológica da realização do direito e mais especificamente do direito constitucional, visto sua especificidade em decorrência de ser um ramo jurídico onde se constrói um verdadeiro amálgama entre direito e política.

Há muito se sabe sobre a função mediadora do direito, uma mediação entre uma dimensão ideal (normatividade) e a real, uma intercessão entre facticidade e validade<sup>37</sup> ou ainda uma função intermédia entre Estado e sociedade<sup>38</sup>. Desta forma, ante o processo de intensa complexidade da sociedade contemporânea, não se mostra mais razoável a ideia positivista de simples subsunção para que o direito possa resolver as problemáticas que o mesmo é chamado para dar solução uma vez que a derrocada do positivismo jurídico impôs a autonomização entre *jus* e *lex*<sup>39</sup> e hoje, mais do que nunca, a jurisdição deve ser vista não apenas como reprodução acrítica dos conteúdos legais em relação a casos práticos, mas uma verdadeira atividade criadora do direito, isto deve-se ao reconhecimento de que “mesmo uma lei muito cuidadosamente pensada não pode conter uma solução para cada caso” (LARENZ, 2009, p. 519), daí a consideração do papel fulcral do juiz na realização do direito.

Contudo, algumas dificuldades são postas em relação ao modo de realização do direito para além da lei pelo juiz e de tais problemas, o

---

<sup>37</sup> Neste sentido, cf. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*. 6ª ed, Madrid: Trotta, 2010.

<sup>38</sup> Neste sentido, cf. AGAPITO SERRANO, Rafael de. *Estado Constitucional y Proceso Político*. Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, 1989.

<sup>39</sup> Neste sentido, cf. CASTANHEIRA NEVES, António. *O Direito como Alternativa Humana: Notas de Reflexão sobre o Problema Actual do Direito*. In: CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros vol 1*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 291-292.

mais fundamental vem a ser a indagação de quais seriam os limites dessa atividade jurisdicional.

No intuito de esclarecer esta forma de realização do direito perante um conceito de jurisdição pós-positivista implica numa tripla consideração no sentido de “(1) o direito enquanto a *intencionalidade a cumprir* concretamente mediante sua realização; (2) o direito enquanto *espaço institucional da decisão*; (3) o direito enquanto o *fundamento e critério* do juízo ou da decisão em que se consubstancia a sua realização” (CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 251).

De forma sintética, estes três momentos devem ser observados pelo magistrado no comento da solução da controvérsia da seguinte forma: no momento filosófico (1), cabe ao juiz compreender os valores inseridos no paradigma comunitário regulado pela ordem jurídica a qual está vinculado, buscando realizá-los ao máximo; no momento político da concretização do direito (2), cumpre ao magistrado atentar-se sobre o espaço estabelecido institucionalmente para que a decisão seja plasmada no panorama de garantia de direitos e divisão de poderes (paradigmas essenciais do Estado constitucional); por fim, no momento metodológico (3), resta ao juiz apreender a necessidade de que a decisão reúna em si fundamentos racionais e criteriosamente escolhidos levando em consideração tanto as normas positivas quanto os valores comunitários e os limites político-institucionais nos quais tal decisão possa ser efetivada.

## **4.2 A concretização dos direitos sociais**

Pelas peculiaridades do direito constitucional, constata-se que a realização de suas normas requer um procedimento metódico especial que vai além dos três momentos concretizadores definidos no tópico anterior, isto se deve ao escopo essencial da Constituição e de suas normas que, mais além do que definir parâmetros básicos comportamentais individuais ou institucionais (objetivo das normas jurídicas em sentido geral), busca domar o poder político para que o mesmo não seja “um poder incondicionado, mas um poder constitucionalmente conformado” (CANOTILHO, 2003, p. 1196).

Desta forma, percebe-se que o método jurídico convencional não é o suficiente para uma interpretação concretizadora dos direitos sociais uma vez que “não há correspondência biunívoca entre dispositivo e



norma”<sup>40</sup>, cabe aos possíveis intérpretes do texto constitucional a construção de tais sentidos em cada situação concreta, uma vez que vivemos uma fase de não identidade entre textos e normas na acepção de uma metódica jurídica normativo-estruturante<sup>41</sup> para a concretização da constituição tendo em vista a necessidade de alcance dos grandes desafios que chegam até ela.

Em diversos momentos colocam-se dificuldades para a efetivação dos direitos sociais tais como alguns pressupostos sociais específicos (“dados reais”) ou ainda oposições políticas como a reserva do possível, daí que tais oposições usurpadoras da efetividade das normas constitucionais relativas aos direitos sociais (muito provavelmente pelo custo que tais direitos implicam) surge a necessidade de um ativismo judicial como única forma de tornar tais mandamentos constitucionais realmente efetivos.

O que tem ocorrido com muita frequência em Estados tais como o Brasil (onde as políticas estatais de bem-estar social ainda não atingiram o mesmo *status* de alguns países europeus) o plano da efetivação dos direitos sociais tem saído – com frequência maior do que a desejada – do nível das políticas públicas para o âmbito de uma completa judicialização (ou justicialização) de tais direitos<sup>42</sup> sem nenhuma reação contra tal postura seja ela política ou dentro do próprio pensamento jurídico que totalmente submeteu-se a tal comportamento do judiciário taxando-o como aceitável e normal.

Entendemos que as normas de direitos sociais constituem-se como um espaço programático da constituição não pelo simples desejo de se tentar retirar a efetividade do texto constitucional no tocante aos direitos sociais, econômicos e culturais, mas tal programaticidade normativa implica na remissão de uma relativa liberdade ao executor das políticas públicas no tocante aos direitos sociais (poder executivo), ou seja, por meio da Constituição fica bastante claro que os mesmos devem

---

<sup>40</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. ob. cit. p. 31.

<sup>41</sup> Sobre uma metódica jurídica normativo-estruturante, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. ob. cit. p. 1213. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. ob. cit. p. 514-516, 519-524.

<sup>42</sup> Sobre a análise do cenário da judicialização dos direitos sociais no Brasil, cf. PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos: Desafios e Perspectivas*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et alii. *Direitos Fundamentais Sociais*. ob. cit. p. 53-69.

ser implementados por meio de uma série de políticas públicas visando a saúde, educação e outros direitos sociais consagrados no catálogo constitucional, contudo, a forma como estas políticas sociais devem ser executadas deveriam ser um juízo discricionário que caberia ao poder executivo, restando ao judiciário a fiscalização da existência, legalidade, constitucionalidade e eficiência dos meios adotados para a devida implementação de tais ações prestacionais do Estado numa clara distinção entre direitos sociais e políticas públicas de implementação de tais direitos sendo possível “falar-se de uma discricionariedade legislativa pautada por limites jurídico-materiais normativamente plasmados na norma da constituição” (CANOTILHO, 2008, p. 33) funcionando as normas constitucionais programáticas simultaneamente como fator de liberdade e de limitação ao legislador (não só, mas principalmente) em matéria de direitos sociais.

O papel do judiciário que, como afirmado no início do trabalho, passou de um poder de contenção dos excessos estatais para um claro poder de determinação da execução das medidas necessárias ante a passividade da Administração pública, visto o valor intrínseco dos bens em jogo, acabou aceitando a judicialização dos direitos sociais como única alternativa para a efetivação de tais direitos quando ainda se poderia contar com medidas de coação indireta tais como a real responsabilização dos gestores públicos ante a escolha de políticas públicas equivocadas, insuficientes ou até mesmo inexistentes para o devido atendimento da população que necessita de tais prestações estatais, além da devida correção de tais políticas frente ao texto constitucional.

Enfim, o que resta a fazer seria delimitar na realidade o campo de ação do poder judiciário para assegurar a efetivação de tais direitos e promover a responsabilização das ações administrativas no sentido de frustrar deliberadamente as implementações de políticas sociais ao invés de tentar moldá-las como se o responsável para a execução de tais políticas fosse, lembrando que o papel primordial do judiciário neste panorama seria abdicar de uma postura ativista rumo a uma posição de controle da conformação das políticas públicas eleitas pela Administração em relação às normas constitucionais que consagram tais direitos e que devem ser a origem essencial de tais políticas públicas.

### 4.3 Separação de poderes e limites da atividade jurisdicional

Em consideração aos imensos debates pró e contra o ativismo judicial, faz-se necessário construir uma última reflexão sobre esta forma de atividade judicial, seus limites e o reflexo que tal uso do poder judicial tem sobre a clássica ideia de separação de poderes e os limites que devem existir no Estado democrático de direito para impedir a emergência de um “governo dos juízes”.

Pode-se afirmar que a ideia básica onde repousa o postulado da separação de poderes remonta a uma origem grega e romana no pensamento de Aristóteles e Políbio sobre a constituição mista como sendo “aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político” (PIÇARRA, 1989, p. 33). Não obstante as contribuições antigas e modernas, tais como a de John Locke, é o legado de Montesquieu, significando mais uma popularização do que da invenção de tal doutrina<sup>43</sup>, se mostra como essencial para a moderna ideia de separação de poderes que predominou no Estado de direito liberal surgido após a revolução francesa.

Muitas transformações ocorreram desde a época de Montesquieu e nos dias de hoje pode-se afirmar que os “limites entre os poderes não estão perfeitamente definidos (...) a divisão de poderes tornou-se ainda mais fluída e por vezes confusa” (URBANO, 2010, p. 621-622), muitas vezes transmutada em um “princípio difuso cujo conteúdo se reduz apenas ao critério genérico de uma limitação do poder do Estado” (AGAPITO SERRANO, 1989, p. 10) do qual muito se fala, mas pouco se conhece realmente de seu verdadeiro conteúdo essencial.

Perfazendo uma análise histórico-institucional é perceptível que cada época histórica é marcada pela supremacia de um poder estatal: a idade moderna, após o fim do feudalismo é marcada pelo restabelecimento do poder estatal na figura real e caracterizada pela supremacia do poder executivo com o apogeu do absolutismo monárquico; a idade contemporânea, como fruto de tudo que surgiu com a revolução francesa marca a decadência do executivo em prol da época áurea do parlamento e sua legitimidade baseada na “discussão pública de argumentos e contra-argumentos” (SCHMITT, 1996, p. 34); por fim,

---

<sup>43</sup> No mesmo sentido URBANO, Maria Benedita. *The Law of Judges: Attempting Against Montesquieu's Legacy or a New Configuration for an Old Principle?* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra vol. LXXXVI, 2010, p. 621.

chega a nossa época – pretensamente chamada de pós-moderna – que assinala tanto a decadência do poder executivo (por mais relutância que alguns exemplos de hipertrofia do executivo em transformação da democracia parlamentar em governamental ou ainda a “emergência de uma *Administração* que através de sua vinculação com o executivo estabelece a tendência a reforçar a posição deste sobre as demais funções do Estado” [AGAPITO SERRANO, 1989, p. 9]) quanto do parlamento (que se encontra desacreditado numa crise de legitimidade e representação política), assinalando, assim, o princípio da época de uma pretensa tentativa de formação de um ‘governo dos juízes’ em substituição da ideia de Estado de direito.

A divisão dos poderes em sua mais clássica e famosa acepção propunha que

Quando na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido juntamente com o poder executor, não há liberdade; porque se pode recear que o mesmo monarca ou o mesmo senado façam leis tirânicas para as executar tiranicamente (MONTESQUIEU, 2011, p. 305)

Dáí emerge a ideia de repartir o exercício do poder político para facilitar o seu controle e prevenir excessos.

O que se vê atualmente é o surgimento de um poder judiciário não no sentido de apenas contenção dos outros dois poderes estatais (como preconiza a clássica ideia de separação de poderes), mas uma conformação no sentido de se tornar um poder que tem ditado o comportamento dos outros dois como se fosse um órgão de natureza política, deixando para trás a fundamentação jurídico-normativa que deve permear os seus juízos e com isso dando aso ao antigo questionamento de Juvenal de ‘quem vigia os vigilantes’.

Esta transformação do papel do poder judiciário para que o mesmo passe a ‘gostar’ de fazer política ao invés de apenas defender a Constituição ou funcionar como posição contramajoritária (como é o caso da ideia de legitimidade da jurisdição constitucional) tem em si uma raiz antidemocrática de apoderamento das instituições políticas por parte do poder judiciário que possui não uma legitimidade democrática, mas institucional sendo certa a posição de que

para apoiar que o papel dos tribunais é conforme a democracia é necessário negar que dispõem [os tribunais] de um poder arbitrário e apoiar que se limitem a aplicar um direito preexistente, sem estar a poder exprimir preferências ideológicas, fazer escolhas axiológicas e instaurar uma organização de modo que não disponham de tal poder arbitrário (TROPER, 2011, p. 202-203)<sup>44</sup>.

Por fim, resta a dúvida de quais seriam os limites do poder judicial. Por um lado, não podem os magistrados buscar, por meio de sua atividade, avocar para si a possibilidade de resolução de todos os problemas da sociedade, sejam eles jurídicos ou não; mas também a atividade judicial deve desapegar-se, no exercício de sua função primordial, da afeição exagerada à lei (típico do positivismo jurídico) sendo este um ponto inicial e até mesmo um limite, mas deve-se ter em mente que a função essencial da dimensão prática do direito (a jurisdição) deve ser ao mesmo tempo em que resolve problemas concretos, realizar os ideais axiológico-normativos de uma comunidade visando sempre o máximo objetivo último, a realização da pessoa, os valores que buscam alcançar tal objetivo podem servir como claro limite à atividade jurisdicional.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao fim do presente trabalho podemos extrair algumas considerações finais que, definitivamente, não acreditamos que sejam soluções peremptórias para a problemática dos direitos sociais, mas algumas breves reflexões que podem ser retomadas no futuro no mesmo sentido, salvo melhor juízo.

Como primeira consideração, concluí-se que os direitos sociais, econômicos e culturais não podem ser excluídos no momento de pensar

---

<sup>44</sup> Esclareça-se que apesar da referência ao pensamento do professor Michel Troper, um positivista convicto e coeso, nossa posição em termos de concepção do direito se afasta de tal corrente neopositivista. Ao falar de ‘preferências axiológicas’ no exercício da jurisdição e a equiparação do uso de tais preferências à criação de um poder arbitrário se diz no sentido de que ao juiz é vedado no momento da decisão utilizar suas preferências ideológicas e valorativas como critério fundamentante da mesma, mas com isso não se nega a necessidade do juiz em estar aberto aos critérios axiológicos da comunidade na qual está inserto para utilizar tais critérios como necessária fundamentação para além do mero texto da lei.

uma dogmática dos direitos fundamentais. É certo que eles necessitam de uma maior densificação tal como ocorreu com as liberdades fundamentais, a dificuldade essencial de tal problema seria a constante ingerência de fortes objeções políticas e econômicas que se inter cruzam na determinação do conteúdo de tais direitos e prejudicam uma compreensão essencialmente jurídico-normativa dos mesmos.

Sobre as normas que contemplam os direitos sociais no ordenamento positivo, não há como fugir da programaticidade normativo-constitucional por um motivo essencial, a Constituição busca sempre informar por meio dos direitos sociais uma série de bens de grande importância que são contemplados pela ordem constitucional, mas os poderes executivo e legislativo devem contar com uma liberdade de conformação ao tornar tais direitos iniciativas concretas, numa clara distinção entre direitos sociais e políticas públicas de concretização de tais direitos, cabe a tais poderes escolherem a melhor forma de dar eficácia plena a tais direitos devendo-se ter em conta a necessidade de responsabilização (em todos os possíveis âmbitos) no caso de políticas inexistentes, insuficientes, ineficientes e equivocadas.

Como já referido anteriormente, a concretização dos direitos sociais passa por uma decisão política, mas muitas vezes a inércia do poder político em efetivar tais direitos constitucionalmente assegurados faz com que a sociedade busque por maneiras alternativas para ver assegurados os direitos que lhe são negados pela administração estatal, busca esta que levou à judicialização de tais direitos. Por mais que seja necessária a atuação mais enérgica do judiciário em certos momentos, o dado preocupante é que esta postura ativista do poder judiciário não tem se tornado mais branda com o passar do tempo e caminha de uma postura de correção da execução das medidas e responsabilização dos gestores rumo a uma forma de agir como se coubesse ao judiciário e seus agentes tomar decisões políticas para definição de políticas públicas de direitos sociais, conduta esta que pode ser observada no judiciário de suas instâncias singulares até as mais altas cortes, atitude esta que tem refração imediata na ideia de separação de poderes, um dos sustentáculos do Estado constitucional.

Neste momento que se fala sobre separação dos poderes, o crescimento do relevo da função e do poder judicial (sendo perceptível uma judicialização da vida) resta lançar algumas questões no sentido de que até onde o 'crepúsculo do legislador' é aceitável e se é admissível a formação de um governo dos juízes? Seria o estado de coisas atual uma

subversão ou uma nova conformação do princípio da separação de poderes? Quais seriam os limites do poder judicial num Estado democrático onde os mesmos não são eleitos e estão a tomar posições cada vez mais políticas?

Salvo melhor juízo, devemos ressaltar como preocupante as ações do poder judicial no intuito de resolver problemas que habitam a sociedade há tempos e que não se encontra solução tão simples, soluções estas que passam por ações de natureza essencialmente política que não cabe ao judiciário, mas tal panorama perigoso oferece uma ótima oportunidade que nos convida a repensar a ideia de representação política e até mesmo o ideal de processo político presente em nosso Estado constitucional.

## REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Eficácia e Restrições*. 2ª ed, São Paulo, Malheiros, 2009.

AGAPITO SERRANO, Rafael de. *Estado Constitucional y Proceso Político*. Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, 1989.

\_\_\_\_\_. *Libertad y División de Poderes: el Contenido Essencial del Principio de la División de Poderes a partir del Pensamiento de Montesquieu*. Madrid: Tecnos, 1989.

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

ALMEIDA FILHO, Agassiz. *Formação e Estrutura do Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARENDT, Hannah. *Sobre a Revolução*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 12ª ed, São Paulo: Malheiros, 2011.

BENDA, Ernst. *Et alii. Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

BERLIN, Isaiah. *Quatro Ensaio Sobre a Liberdade*. Acessado via internet, disponível em:

<http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CD0QFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.institutoliberal.org.br%2Fconteudo%2Fdownload.asp%3Fcdc%3D905&ei=NnjcUIzHBoaShgfljIGoBg&usg=AFQjCNF1RKIVVe1cTAau9KHsIfrGrCHZNA&bvm=bv.1355534169,d.ZG4>>, acesso em 27 de dezembro de 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27ª ed, São Paulo: Malheiros, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*. 2ª ed, Coimbra: Almedina, 2008

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed, Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. *Et alii. Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*. 2ª ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. *Um Olhar Jurídico-Constitucional sobre a Judicialização da Política e a Politicização da Justiça*. Conferência proferida no Supremo Tribunal de Justiça, Lisboa a 26 de abril de 2007.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros vol 1*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

\_\_\_\_\_. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros vol. 2*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros vol. 3*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.



\_\_\_\_\_. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

DEL ÁGUILA, Rafael. *La Senda del Mal: Política y Razón de Estado*. Madrid: Taurus, 2000.

FARELL, Martín. *Libertad Negativa y Libertad Positiva*. In: Revista del Centro de Estudios Constitucionales n. 2, 1989.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. *Direito das Políticas Públicas*. Coimbra: Almedina, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*. 6ª ed, Madrid: Trotta, 2010.

HESPANHA, António Manuel. *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime: Coletânea de Textos*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984.

HOBSBAWM, Eric J. *A Era dos Extremos – O Breve Século XX*. 10ª ed, São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 5ª ed, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed, São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional Tomo IV*. 5ª ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Lisboa: Edições 70, 2011.

MORGADO, Miguel. *O Poder Judicial na Sociedade Livre*. KATÁLYSIS v. 9 n. 1 jan./jun. 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal-Coimbra Editora, 2010.

PACE, Alessandro. *Derechos de Libertad y Derechos Sociales en el Pensamiento de Piero Calamandrei*. Revista de Estudios Políticos n. 63, 1989.

PELAYO, Manuel García. *As Transformações no Estado Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. *La Teoría de la Sociedad en Lorenz von Stein*. Revista de Estudios Políticos n. 47, 1949.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional: Um Contributo para o Estudo das suas Origens e Evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PINTO BRONZE, Fernando José Couto. *A Metonímia Entre a Semelhança e a Diferença (Reflexão Problematizante dos Polos da Radical Matriz Analógica do Discurso Jurídico)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

SCHMITT, Carl. *A Crise da Democracia Parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996.

TROPER, Michel. *Le Droit et la Nécessité*. Paris: Presses Universitaires de France, 2011.

URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional: Evolução Histórica e Modelos do Controlo da Constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2012.

\_\_\_\_\_. *The Law of Judges: Attempting Against Montesquieu's Legacy or a New Configuration for an Old Principle?* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra vol. LXXXVI, 2010.

VERDÚ, Pablo Lucas. *A Luta pelo Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. LUTHER, Jörg. PORTINARO, Pier Paolo. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3ª ed, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

WOLSCHNIK, Jan. MARTINS, Leonardo. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Berlin-Montevideo: Konrad-Adenauer Stiftung E. V., 2005.