



O ATIVISMO JUDICIAL E O DESAFIO DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL

Julia Gonçalves Quintana¹

Juliana Gonçalves de Oliveira²

RESUMO: Através da presente pesquisa busca-se analisar a possibilidade de utilização do instituto do ativismo judicial para a efetivação dos direitos fundamentais sociais no Brasil. Para tanto, faz-se necessário a conceituação dos direitos fundamentais sociais, bem como do instituto do ativismo judicial, a fim de que se compreenda ambos os fenômenos, para a seguir confrontá-los com a problemática que envolve a criação e efetivação de políticas públicas no País. Nesse contexto, é essencial que se trace uma distinção entre os conceitos de ativismo judicial e judicialização da política para entender o papel destes institutos na realização plena dos Direitos Sociais diante da inércia dos Poderes executivo e legislativo.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais, ativismo judicial, reserva do possível, mínimo existencial.

ABSTRACT: Through this research seeks to analyze the possibility of using the judicial activism Institute for the realization of fundamental social rights in Brazil. Therefore, the concept of fundamental social rights, as well as the judicial activism institute it is necessary, in order that they understand both phenomena, to follow to confront them with the problem involving the creation and execution of public policies in the country. in this context, it is essential to draw a distinction between judicial activism and

1 Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pelotas - UCPEL. Advogada. Integrante do grupo de pesquisas “Intersecções Jurídicas entre o Público e Privado” coordenado pelo professor Pós-Doutor Jorge Renato dos Reis, vinculado ao programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Endereço eletrônico: juliagq@hotmail.com.

2 Cursou as matérias “Políticas Públicas e Justiça Social” (2016) e “Constituição e Justiça Social”; (2015) como aluna especial do Mestrado em Direito e Justiça Social da Fundação Universidade Federal do Rio Grande. Pós-graduada em Direito Constitucional e em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhuera-Uniderp (2012). Graduada em Direito pela Universidade da Região da Campanha (2009). Atualmente é advogada, sócia no escritório Quintana & Oliveira Advogados, atuando em Bagé/RS e região, e conciliadora criminal na Vara do JECrim da Comarca de Bagé/RS.



political concepts of judicialization to understand the role of these institutions in the full realization of social rights on the inertia of the executive and legislative powers.

Keywords: fundamental social rights, judicial activism, booking possible, existential minimum.

INTRODUÇÃO

Os direitos sociais foram incluídos na Constituição de 1988 como direitos fundamentais. Esse fato representou um avanço na busca pela igualdade social, que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

No entanto, para que esses direitos sejam efetivamente concretizados se faz necessário um esforço conjunto de vários setores da sociedade, a fim de que haja um eficaz planejamento acerca da conceituação desses direitos, suas prioridades, o orçamento necessário para sua efetivação, bem como as melhores políticas públicas capazes de atendê-los.

Essa atuação simultânea dos Poderes públicos é essencial, haja vista o caráter prestacional positivo desses direitos, que devem ser atendidos pelo Estado que deve fornecer bens e serviços para promoção da saúde, educação, assistência aos desamparados, moradia, além de outros direitos.

Quando se fala em disponibilidade de recursos financeiros estatais, alguns autores sustentam que poderia ser aplicada a teoria da “reserva do possível”, segundo a qual a efetivação dos direitos sociais estaria limitada às possibilidades orçamentárias do Estado. No entanto, existem fortes críticas a aplicação dessa teoria quando se fala em prestações relacionadas ao “mínimo existencial”.

Nesse contexto, passaremos a analisar os conceitos de ativismo judicial e judicialização da política para entender o papel desses institutos na efetivação dos Direitos Sociais diante da inércia dos Poderes executivo e legislativo.

1 Direitos Fundamentais

1.1 Conceito e características



Os direitos fundamentais constituem o alicerce de uma sociedade mais justa. Através deles possibilita-se que as diferenças entre os cidadãos não seja tão alarmante. Denominam-se fundamentais porque essenciais a uma vida digna, essencialidade esta que muda de acordo com a sociedade em que se encontra. Nesse sentido, temos que “a ampliação e a transformação dos direitos fundamentais do homem no evoluir histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso” (AFONSO, 2006, p. 175).

Assim encontramos na frase do referido autor fundamentos para afirmar que os direitos fundamentais não são estáticos. Tratam-se de direitos relativos à pessoa humana e por isso se modificam de acordo com seu momento histórico e sua condição.

Inúmeras são as expressões utilizadas ao longo da história e em cada momento para designá-los.

Utilizaremos para fins de conceituação a expressão Direitos fundamentais do homem, no conceito trazido por José Afonso do Silva, vejamos:

Direitos fundamentais do homem constituem a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que eles concretizam em garantia de uma convivência digna, livre, e igual para todas as pessoas. No qualificativo fundamental acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive, fundamentais do homem no sentido que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreto e materialmente efetivados (AFONSO, 2006, p. 178).

Fica evidente que os direitos fundamentais são à base de uma sociedade justa e civilizada.

Uma sociedade onde todos veem supridas suas necessidades básicas possibilita maior igualdade entre seus cidadãos.

Moraes (2008) nos ensina que:

Na visão Ocidental de democracia, governo pelo povo e limitação do poder estão indissolivelmente combinados. O povo escolhe seus representantes, que, agindo como mandatários, decidem os destinos da nação. O poder delegado pelo povo a seus representantes, porém, não é absoluto,



conhecendo várias limitações, inclusive com a previsão de direitos e garantias individuais e coletivas, do cidadão relativamente aos demais cidadãos e ao próprio Estado (MORAES, 2008, p. 60).

Pela leitura de ambas as definições de direitos fundamentais como direitos de defesa compreendemos ainda mais a essencialidade dos direitos fundamentais.

São eles os responsáveis por uma vida digna, por nossa estrutura básica, e dessa forma é através deles que nos tornamos livres e aptos a exercer nossa participação na democracia.

É através da escolha consciente, possibilitada pelo maior discernimento e liberdade, que uma vida digna pode possibilitar, que poderemos ver satisfeito o ideal de um poder público que não extrapole seu poder em detrimento dos direitos fundamentais.

Resta claro que as normas que versam sobre direitos e garantias fundamentais não possuem mera natureza constitucional, mas sim servem como fundamento essencial para a construção de nossa constituição

Nos termos do art. 5º, § 1º, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Assim, nota-se que a referida regra comporta exceções, que são trazidas pelo constituinte originário.

No que tange às características, os direitos e garantias fundamentais possuem características próprias que os diferenciam dos demais direitos. Segundo Silva (2006, p. 175) resumem-se em quatro essas características, são elas: Historicidade, já que possuem caráter histórico, nascendo com o cristianismo, passando pelas diversas revoluções e chegando aos dias atuais; Inalienabilidade, pois são indisponíveis, porque conferidos a todos, não são passíveis de alienação por não possuírem conteúdo econômico patrimonial; Imprescritibilidade, vez que nunca deixam de ser exigíveis, em verdade, “se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não-exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição” (LENZA, 2009, p. 672); e Irrenunciabilidade, já que irrenunciáveis, assim, podem não ser exercidos, mas não se pode abrir mão deles.

1.2 Classificação



A organização mais utilizada para classificar os direitos fundamentais é a que os divide em dimensões ou gerações. Para tanto, é levado em consideração o momento que surgiram ou que foram reconhecidos.

Os conhecidos como de primeira geração realçam o princípio da Liberdade, caracterizam-se por impor ao Estado um não-fazer em prol da liberdade individual do indivíduo. Representam um meio de defesa do indivíduo em relação ao Estado, para que este não intervenha de forma abusiva na liberdade individual de cada pessoa.

Como exemplo de direitos de primeira geração temos o direito à vida, à liberdade de expressão, à propriedade.

Logo em seguida temos os direitos chamados de segunda geração que tem como objetivo a igualdade entre os homens. São os direitos econômicos, sociais, e culturais. Estes são conhecidos como direitos positivos já que exigem do Estado a implementação de políticas públicas para a prestação de serviços como saúde, habitação, educação, trabalho, etc. Porém estes também podem ser direitos sociais negativos, como o é, por exemplo, o direito de liberdade de greve, contido no Art. 9º, da nossa Magna Carta.

Enfim, os direitos de terceira geração promovem os princípios da Solidariedade e da Fraternidade. São direitos voltados para a coletividade como um todo, inclusive para as gerações futuras. Alguns exemplos desses direitos são o direito de um meio ambiente equilibrado e a paz.

É relevante dizer, ainda, que a divisão em gerações ou dimensões dos direitos fundamentais corresponde ao lema da Revolução Francesa: Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

Utilizaremos para fins de análise nesse artigo os direitos fundamentais sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal, que assim preceitua:

Art. 6º CF/88 “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Os direitos fundamentais surgiram primeiramente para garantir a proteção dos indivíduos em face do Estado, com base na dignidade da pessoa humana, ocorre que com o passar do tempo e com a evolução social constatou-se que os cidadãos



não necessitavam apenas destes direitos, e sim de direitos que lhe garantissem pelo menos uma vida digna para que pudessem ter condições mais humanas, surgem então os denominados direitos sociais ou de segunda geração, visando garantir aos cidadãos Moradia, Trabalho, Saúde, Educação, Assistência Social, etc.

Os direitos sociais tiveram como principal marcos em sua evolução, a Constituição do México de 1917, a Revolução da Rússia de 1918, a Constituição de Weimar na Alemanha em 1919, vindo assim, a serem garantidos aos cidadãos os direitos sociais ou o mínimo existencial, para que possam viver com dignidade no seio social.

2 A Reserva do Possível

A reserva do possível teve origem no julgamento do caso *numerus clausus* pelo tribunal Constitucional Federal da Alemanha, julgado em 1972. Discutia-se o acesso ao curso de medicina e a compatibilidade de certas regras legais estaduais que restringiam esse acesso ao ensino superior (*numerus clausus*), com a Lei Fundamental, que garantia a liberdade de escolha da profissão. O Tribunal decidiu que a prestação exigida do Estado deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, e entendeu que não seria razoável impor ao Estado a obrigação de acesso a todos os que pretendessem cursar medicina. A reserva do possível nesse caso, portanto, relacionou-se à exigência de prestações dentro do limite da razoabilidade, não da escassez de recursos, como ocorre no Brasil (OLSEN, 2006, p.6).

Andreas J. Krell (2002, p. 162) critica a importação da reserva do possível pelo sistema brasileiro, ressaltando a grande diferença socioeconômica entre os dois países:

Devemos nos lembrar que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha – como nos países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham vagas nos hospitais mal equipados da rede pública; não há necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de assistência social que recebem, etc.



Neste contexto é possível afirmar que esta teoria foi recepcionada não só pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas por vários outros países. Ocorre que no Brasil, tal teoria vindo sendo utilizada como forma de justificar a ineficiência do Estado. Desse modo, a reserva do possível que seria na sua essência um ponto de equilíbrio entre a efetivação dos Direitos Fundamentais e a razoabilidade, passa a exercer um papel de limitador da implementação desses direitos, condicionando a efetivação desses direitos à existência de receitas no orçamento público, mitigando assim estes direitos fundamentais prestacionais, vindo a mesma, também ser chamada de reserva do financeiramente possível.

2.1 A relação da reserva do possível com o mínimo existencial

No entendimento de diversos autores a utilização da reserva do possível, deverá ser limitada quando se estiver diante de direitos relacionados ao mínimo existencial.

Nesse sentido Ricardo Lobo Torres (2008, p.81) afirma que a proteção mínimo existencial não se sujeita à reserva do possível, já que esses direitos se encontram nas garantias institucionais de liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos. Conforme o autor:

A proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, pois sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais. Em outras palavras, o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas garantias institucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias, etc.).

A autora Ana Paula de Barcellos (2002, p. 252) adota uma posição mais radical ainda acerca do mínimo existencial. Para ela, o mínimo existencial constitui o conteúdo mais essencial do princípio da dignidade da pessoa humana e por esta razão, deve ser aplicado em sua integridade, não devendo haver margem à ponderação, em suas palavras:



uma fração do princípio da dignidade da pessoa humana, seu conteúdo mais essencial, está contida naquela esfera do consenso mínimo assegurada pela Constituição e transformada em matéria jurídica. É precisamente aqui que reside a eficácia jurídica positiva ou simétrica e o caráter de regra do princípio constitucional. Ou seja: a não realização dos efeitos compreendidos nesse mínimo constitui uma violação ao princípio constitucional, no tradicional esquema do “tudo ou nada”, podendo-se exigir judicialmente a prestação equivalente. Não é possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, de forma irrestrita, ao ponto de não sobrar coisa alguma que lhe confira substância; também a ponderação tem limites.

Assim Barcellos entende que a reserva do possível pode se relacionar com o mínimo existencial, entretanto devem ser atendidas primeiramente as demandas relacionadas a esse mínimo, para que em seguida seja possível a ponderação acerca da aplicação dos recursos públicos remanescentes:

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Para o autor Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo (2008, p.42) é no sentido de que, quando se trata de direitos relacionados ao mínimo existencial, a reserva do possível não deve por si só ser fundamento para impedir a satisfação do direito. Explicam:

“...em matéria de tutela do mínimo existencial (...) há que reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações e uma cogente tutela defensiva, de tal sorte que, em regra, razões vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer como argumento a, por si só, afastar a satisfação do direitos e exigência do cumprimento dos deveres, tanto conexos quanto autônomos, já que nem o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária nem o da separação dos poderes assumem feições absolutas.”

Contudo, os próprios autores ressaltam que não são irrelevantes as questões relacionadas à reserva do possível, de forma que sempre aferida no caso concreto,



mediante produção de prova submetida ao contraditório, a real necessidade da prestação pleiteada e a efetiva relação com o mínimo existencial.

3 Ativismo X Judicialização da Política

A noção de ativismo judicial relaciona-se a uma participação maior do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, e possui como consequência a interferência na esfera de competências dos outros Poderes

É comum a confusão entre os conceitos de ativismo judicial e judicialização da política, sendo muitas vezes utilizados como sinônimos, porém é importante entender que tratam-se de fenômenos absolutamente distintos, sendo importante a sua correta definição para o melhor entendimento de suas consequências

Pode-se afirmar no entanto, que tanto o ativismo quanto a judicialização estão relacionados a um processo de ampliação decisória do Poder Judiciário em relação à esfera de competência exercida pelos demais poderes.

Luís Roberto Barroso (2008) menciona que o ativismo e a judicialização “são primos”, ou seja, embora sejam fenômenos próximos, são distintos um do outro, sendo que o primeiro expressa uma postura do interprete, “um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário.” Já a judicialização deriva da vontade do constituinte, porquanto, “decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais.”

É possível afirmar que o ativismo judicial possui como característica a interferência do Poder Judiciário nos demais poderes constituídos, no intuito de intensificar os valores e os objetivos constitucionais, revelando-se como ampliação da competência jurisdicional.

Luís Roberto Barroso (2008) elucida que o ativismo judicial “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance [...],” estando relacionado a uma atuação mais extensa e



intensa do Poder Judiciário na efetivação dos valores e fins constitucionais, com maior ingerência no espaço de atuação dos Poderes Legislativos e Executivo.

Esclarece que “normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.” Acrescenta, também, que o ativismo se manifesta por diferentes condutas, citando alguma delas:

- (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário;
- (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição;
- (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Nota-se que não se trata o ativismo de uma interpretação livre do magistrado ao julgar determinado caso concreto, mas sim de uma postura não ortodoxa de aplicação do direito positivo, baseando-se, sobretudo, na força normativa dos princípios constitucionais.

Por sua vez, a judicialização da política é mais ampla, porquanto é contingencial, decorrendo da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo na implementação dos direitos fundamentais sociais.

Luís Roberto Barroso (2008) explica que “*judicialização* significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais [...]”. Esclarece, ainda, que a judicialização abrange uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

Para Luiz Flávio Gomes (2009) a “judicialização nada mais expressa que o acesso ao judiciário, que é permitido a todos, contra qualquer tipo de lesão ou ameaça a um direito. É fenômeno que decorre do nosso modelo de Estado e de Direito.”

Notadamente, há uma dificuldade hermenêutica de interpretação do termo ativismo judicial, principalmente para se verificar quando uma decisão judicial pode ou não ser considerada como tanto, pois trata-se de atividade cognitiva. A questão é



complexa, pois o “termo ativismo judicial” é amplo e muito depende da hermenêutica jurídica.

A autora Monia Clarissa Henning Leal (2014, p.81), ao abordar o tema, descrevendo a difícil tarefa de identificação de uma decisão ativista, elucida que:

Ainda que se estabeleçam parâmetros a esta atuação (como, por exemplo, que os Tribunais – Constitucionais e Internacionais, respectivamente – não podem invadir as competências próprias dos demais Poderes ou a soberania dos Estados), também os limites e competências de cada um dos Poderes, assim como a noção de soberania, são conceitos abertos, carentes de interpretação. Além disso, a extensão de até onde podem ir os Tribunais depende e varia de acordo com a própria concepção de interpretação adotada.

Apesar da complexidade, resta claro que o ativismo judicial e a judicialização da política não são sinônimos, de modo que não devem ser confundidos um com outro, haja vista que o ativismo se mostra como uma decisão política, tendo o juiz como protagonista; já a judicialização da política parte do pressuposto que, quando o Poder Judiciário encontra uma lacuna na atuação do Poder Legislativo, analisa, decide e julga, de acordo com os critérios adotados pela própria constituição.

4 O Papel do Poder Judiciário para garantir efetividade aos Direitos Sociais

O Poder Legislativo possui como principal atribuição a de elaborar e aprovar projetos de lei, possuindo dessa forma papel essencial na efetivação dos direitos sociais.

Por outro lado o Poder Executivo possui o dever de instituir políticas públicas que tenham como objeto a garantia dos direitos sociais instituídos na Constituição Federal, a favor dos cidadãos.

Ocorre que atualmente a inércia de ambos os poderes estatais mencionados, acaba por impedir que os cidadãos possam ver satisfeitos os direitos sociais garantidos que possibilitariam uma vida digna a eles.

Nesse ínterim, é possível observar que é comum o descaso desses poderes quando se fala em Direitos Sociais.

O Legislativo freqüentemente não produz e tampouco aprova leis que visem concretizar os direitos fundamentais. Por outro lado o Executivo além de descumprir



o seu papel de instituição de políticas públicas concretizadoras se abstém alegando não possuir recursos suficientes para atender a demanda.

Um exemplo disso é alegação de insuficiência de verbas para a saúde, motivo pelo qual inúmeras pessoas morrem todos os anos, devido à saúde estar sucateada (falta de: hospitais, remédios e atendimentos especializados), não podemos esquecer outros direitos sociais como a falta de moradia, alimentação, etc.

Devido as falhas acima citadas surgem diversas indagações e sugestões acerca da problemática que envolve a concretização dos Direitos Sociais.

Se por um lado existe um procedimento previsto constitucionalmente, este não parece estar dando conta sozinha de todas as necessidades dos cidadãos.

Nessa seara a intervenção do Poder Judiciário é justificada no intuito de garantia da efetividade dos direitos sociais, especialmente, ao direito à saúde que constitui um bem essencial à vida e a integridade humana, e como tal é objeto da tutela no seu aspecto de direito fundamental.

É certo que a saúde também é dever fundamental, nos termos do art. 196 da Constituição Federal, que preceitua a obrigação estatal de proteção e promoção desse direito.

Na esteira desse entendimento Andreas J. Krell (2002, p.17), destaca que:

Constitui-se um paradoxo que o Brasil esteja entre os dez países com a maior economia do mundo e possua uma constituição extremamente avançada no que diz respeito aos direitos sociais, (...) hoje, mais do que 75 milhões de pessoas não encontra um atendimento de mínima qualidade nos serviços públicos de saúde, de assistência social, vive em condições precárias de habitação, alimenta-se mal ou passa fome.

Embora tenhamos uma Constituição bem elaborada e que prevê diversos direitos e garantias fundamentais, nos parece que ainda é necessário que se aprimorem seus mecanismos de concretização desses direitos.

Nesse íterim, Airton Ribeiro da Silva e Fabrício Pinto Weiblen (2007, p. 52), disserta que:

Uma vez não efetivados os direitos fundamentais consagrados na Carta Política pelos poderes ditos legitimados, quais sejam, quais sejam, Poderes Executivo e Legislativo, cabe ao Judiciário intervir, a fim de concretizar os ditames insculpidos na Constituição Federal, através de prestações positivas. Assim, ao dispor sobre as prestações estatais, o Judiciário apenas determina a realização prática da norma constitucional, não permitindo que esta se torne mera diretriz abstrata e inaplicável, ato para o qual é



competente, uma vez que, no Estado de Direito, o estado soberano deve submeter-se à própria justiça que institui. Noutras palavras, não é papel do Judiciário criar novas medidas referentes a direitos sociais, o que consistiria em violação ao princípio da Separação dos Poderes, mas sim trazer uma real efetividade às políticas públicas já existentes, de modo a não permitir que um apego excessivo a formalidades acabe por obstar a concretização das metas principais do Estado Democrático de Direito.

Assim, não nos parece razoável que o Poder Judiciário ao verificar a ineficácia dos outros poderes, tenha de se abster e apenas assistir os descasos cometidos pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Nesse sentido a intervenção do Poder Judiciário na atuação desses poderes, seria legitimada e se justificaria na necessidade de que sejam asseguradas as garantias previstas no texto constitucional, assim sendo não há invasão na esfera de atuação de qualquer dos poderes, visto que apenas busca-se dar efetivação à Constituição Federal, impondo ao Estado o cumprimento dos direitos sociais.

Assim, Luiz Werneck Viana *apud* Flávia Danielle Santiago Lima (2007, p. 230), menciona que: “Visa o STF efetivar os grandes princípios programáticos da Constituição e não criar uma instancia que discuta para solucionar pretensões das diferentes corporações sobre questões de Direito Administrativo”.

Finalizando o presente estudo, cabe salientar o posicionamento do STF quanto à consagração dos direitos fundamentais sociais, dessa forma Juliano Ralo Monteiro (2010, p. 165) traz a baila o voto do Ministro Celso de Mello em ADPF nº 45, *in verbis*:

Implementar políticas públicas não está entre as atribuições do Supremo nem do Poder Judiciário como um todo. Mas é possível atribuir essa incumbência aos ministros, desembargadores e juízes quando o Legislativo e o Executivo deixam de cumprir seus papéis, colocando em risco os direitos individuais e coletivos previsto na Constituição Federal.

Para o Ministro Celso de Mello (2008):

O Supremo não se curva a ninguém nem tolera a prepotência dos governantes nem admite os excessos e abusos que emanam de qualquer esfera dos três Poderes da República, desempenhando as suas funções institucionais de modo compatível com os estritos limites que lhe traçou a própria Constituição.

CONCLUSÃO



A efetivação dos direitos sociais na sociedade brasileira trata-se de um tema delicado, mas que necessita de destaque devido a sua essencialidade para que realmente sejamos um País que zela pela dignidade de seu povo.

Para que se logre a concretização desses direitos muitos são os obstáculos que temos que superar.

Dessa forma, a autora desse trabalho buscou trazer uma reflexão acerca do tema para que se busquem alternativas para a ineficiência do poder executivo e do legislativo.

Com relação ao mínimo existencial, observa-se que a doutrina majoritária entende que o seu conteúdo não poderia ser em nenhuma hipótese restringido. Outros, entretanto, admitem eventual restrição quando se estivesse diante da chamada “reserva do possível” em hipóteses restritas.

O instituto da reserva do possível teve origem no direito alemão, motivo pelo qual muitos autores criticam a sua utilização no direito brasileiro, haja vista a notória diferença econômico-social entre os dois países.

Por fim, acerca do denominado “ativismo judicial”, observa-se que há inúmeros argumentos tanto contrários, quanto favoráveis à atuação judicial no âmbito dos Direitos Fundamentais Sociais.

Através da análise dos argumentos favoráveis e contrários a utilização do chamado ativismo judicial, não nos parece razoável nos dias de hoje a radicalização contra ou a favor desse instituto.

Diante de uma atuação frágil em termos da efetivação dos Direitos sociais, tanto pelo Poder Legislativo, quanto pelo Judiciário, não nos parece correta a idéia de inércia também por parte do Judiciário.

Esta atuação do Poder Judiciário, no entanto, deve sofrer algumas limitações, sob pena de acarretar prejuízos para a sociedade em geral.

Acreditamos, por fim que o próprio ordenamento jurídico dispõe de instrumentos capazes de propiciar o exercício do ativismo judicial de forma ponderada, superando os efeitos negativos alegados decorrentes de uma intervenção judicial excessiva em busca da efetivação dos direitos sociais.



REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 252.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica. Acesso em: 23 nov. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. *O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2164, 4jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12921>>. Acesso em: 13 de julho de 2016.

KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002, p. 63.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional aberta. Reflexões acerca dos limites e da legitimidade da Jurisdição Constitucional na ordem democrática – uma análise a partir da teoria constitucional alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso de. *Defende ativismo judicial do STF*. *Direito do Estado*. 24/04/2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/noticias/5909/Ministro-Celso-de-Mello-defende-ativismo-judicial-do-STF>>. Acesso em: 12/07/2016.

MONTEIRO, Juliano Ralo. *Ativismo Judicial: Um caminho para concretização dos direitos fundamentais*. In: *Estado de Direito e Ativismo judicial*. José Levi Mello do Amaral Júnior (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. Atlas, 13ª ed. São Paulo: 2008.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 6. Disponível em <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/>>. Acesso em: 15/07/2016, p. 229.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 42-43.

SILVA, Airton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. *A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais*. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria*, v. 2, n. 2, jul. 2007.



SILVA José Afonso da, Curso de direito constitucional positivo. 27^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006 p. 175.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 81-82.

VIANNA, Luiz Werneck; *Apud* LIMA, Flávia Danielle Santiago. Da judicialização da Política no Brasil após a Constituição de 1988: Linhas gerais sobre o debate; in: Estudantes Caderno Acadêmico. Edição comemorativa. Recife: Editora Nossa Livraria, 2007.