



O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS.

Ricardo Limberger Sonego¹
Amanda Inticher²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo principal estudar a atuação do Poder Judiciário como único meio atual de efetivar Direitos Sociais na concretização de políticas públicas. Ainda, será analisada a inércia da Administração Pública frente a princípios constitucionais expressos, afrontando preceitos elencados na Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, legitima-se a interferência do Poder Judiciário frente ao descaso dos demais Poderes, rastreando através de uma releitura de obras de Direito consagradas, uma forma de conciliar esta interferência entre esferas institucionais e a busca pela maior efetivação possível de Direitos Fundamentais. Levando em consideração os direitos elencados no artigo 6º da Carta Maior, bem como a garantia a um mínimo existencial e o respeito à dignidade da pessoa humana, o controle jurisdicional, através do Ativismo Judicial, mostra-se como última esperança de uma população a margem de um Estado que se intitula Democrático.

Palavras-chave: Ativismo Judicial, Direitos Fundamentais, Direitos Sociais, Poder Judiciário, Políticas Públicas.

ABSTRACT: This article aims to study the role of the judiciary as the only current means of effecting social rights in the implementation of public policies. Still, the inertia of public administration expressed against constitutional principles will be analyzed, affronting listed provisions in the Federal Constitution of 1988. In this sense, legitimized the interference of the judiciary against the neglect of other branches, crawling through a reinterpretation of works consecrated law, a way to reconcile this interference between institutional spheres and the search for the greatest possible effectiveness of Fundamental rights. Taking into account the rights

¹ Advogado. Formado em direito pela Faculdade Metodista de Santa Maria. Pós Graduado em Direito Público com Ênfase em Direito Constitucional pela Escola Superior Verbo Jurídico. E-mail: ricardosonego.adv@hotmail.com

² Advogada. Formada em Direito pelo Centro Universitário Franciscano de Santa Maria. Pós Graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Superior Verbo Jurídico. E-mail para contato: inticheresonego.adv@gmail.com

listed in Article 6 of the Major Charter and to guarantee the existential minimum and respect for human dignity, the national control through judicial activism, it is shown as the last hope of a population the margin a state that calls itself democratic.

Keywords: Judicial activism , Fundamental Rights , Social Rights , Judiciary, Public Policy.

INTRODUÇÃO

O controle jurisdicional de políticas públicas vem ganhando cada vez mais espaço no ordenamento jurídico brasileiro. Diante da dificuldade em efetivar Direitos Fundamentais por meio de programas estatais, aliado a inércia de um Poder Executivo com recursos esgotados, o Poder Judiciário se vê obrigado, muitas vezes, há implantar, através de decisões judiciais, medidas eficazes que perpetuem direitos básicos de uma sociedade, especialmente os Direitos Fundamentais sociais dispostos no art. 6º da Constituição Federal.

Os Direitos Sociais pertencentes à segunda dimensão de Direitos Fundamentais estão diretamente atrelados aos ideais de a igualdade material: dizem respeito ao poder de exigir, especialmente do Estado, a prestação concreta dos direitos dispostos nos incisos elencados ao longo do art. 6º da Constituição Federal. Mesmo que ao longo do texto constitucional se perceba que a responsabilidade em perpetuar os Direitos Sociais seja uma obrigação solidária, ou seja, a ser dividida com a sociedade, não se pode negar que é o Estado o sujeito passivo principal no papel de concretizar direitos de segunda geração.

Entretanto, todos os dias surgem situações em que o Estado se mostra ineficiente para concretizar estas premissas, seja por falta de recursos financeiros e/ou má gestão do administrador público. Assim, inevitavelmente, o Poder Judiciário se mostra a única saída para buscar a efetivação de Direitos Fundamentais básicos, até mesmo do mínimo existencial, transformando o poder decisório de juízes e desembargadores em um verdadeiro Ativismo Judicial.

Entretanto, a tendência a um ativismo por parte dos órgãos jurisdicionais traz a tona algumas discussões acerca do tema, como, por exemplo, a aplicação direta da Constituição a situações não expressas em seu texto, casos de declaração de inconstitucionalidade com fundamento em critérios menos rígidos e, por fim, a imposição de condutas e abstenções ao Poder público, especialmente no que se

refere a políticas públicas frente à inércia do Estado, matéria de análise do presente artigo.

Diante disso, parte-se da análise dos Direitos Sociais como Direitos Fundamentais a serem concretizados pelo Estado, em destaque a aqueles conhecidos como necessários a um mínimo existencial, garantia básica a ser fornecida para a manutenção da dignidade da pessoa humana. Ainda, analisam-se as consequências da procura do Poder Judiciário que funciona como verdadeira válvula de escape para enfrentar a incapacidade de um Estado enfraquecido e desacreditado.

Pretende-se demonstrar, através do estudo do Ativismo Judicial, a necessidade desta forma de manifestação judicial como garantia de que políticas públicas se tornem de fato atingíveis por parte da população, mesmo que isto revele, muitas vezes, uma relativização e uma ponderação ao princípio da Separação dos Poderes.

Portanto, é incontroversa a importância da atual temática para o Direito, sobretudo para o eixo de Direitos Fundamentais e Políticas Públicas. A inatividade de um Estado que, por diversas vezes, marginaliza o acesso a Direitos Sociais básicos a cidadãos encontra, nas decisões do Poder Judiciário, mandamentos que extrapolam limites fixados constitucionalmente, mas que se fazem indispensáveis para efetivar políticas públicas que há muito tempo estão à margem do Estado.

1 UMA ANÁLISE ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: OS DIREITOS DE SEGUNDA DIMENSÃO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Os Direitos Fundamentais que hoje se encontram elencados na Constituição Federal são fruto de um processo histórico extremamente complexo e marcado por diversas lutas sociais. Pode-se dizer que eles fazem parte da história, de um só tempo, de modo universal, mas sempre individualizados; comuns, mas sempre um plural (NETTO; SCOTTI, 2012)

A sociedade, como se entende nos dias de hoje, marcada por rápidas e incansáveis modificações faz com que os Direitos Fundamentais assumam um papel importantíssimo dentro dela: diminuir as desigualdades sociais através de seu conteúdo garantista, buscando concretizar os preceitos de cidadania.

Estes fundamentos inerentes à própria dignidade da pessoa humana são

construídos a partir da experiência vivida em sociedade, dos anseios de um determinado povo, do envolver histórico, bem como da importância de elencar um rol, ao menos exemplificativo, dentro de um ordenamento jurídico como meio eficaz de controlar abusos e garantir direitos, como muito bem destaca Masson:

Perceber que os valores mais caros à humanidade merecem ser organizados em um documento jurídico dotado de força normativa hierarquicamente superior às demais normas do ordenamento, bem como reconhecer a Constituição enquanto documento supremo do ordenamento jurídico, justifica a estrutura constitucional de proteção aos direitos fundamentais arquitetada nos moldes atuais (2015, p.189).

Em suma, os Direitos Fundamentais, além de cumprir função precípua de atribuir ao homem o que lhe é garantido como pessoa humana, constituem normas de competência negativa para o Poder Público, impondo limitações e abstenções ao exercício de seus poderes. Ainda, podem ser analisados sob uma face positiva, pois também asseguram a liberdade como fundamento primordial evitando, assim, lesões a importantes bens juridicamente tutelados (ARAÚJO; NUNES, 2005).

São abundantes os conceitos criados na doutrina e na jurisprudência sobre os Direitos Fundamentais, entre tantas considerações é unânime dizer que eles devem ser considerados como estrutura primordial de constituições que tenham como base um Estado de Direito.

Para Alexy (2008), importantíssimo doutrinador e estudioso dos Direitos Fundamentais, são necessárias duas condições mínimas para garantir a concretização dos Direitos Fundamentais: que a jurisprudência esteja ligada a estes e que funcione de uma maneira racional; bem como que a liberdade e a igualdade devem legitimar a legalidade de um Estado de Direito. Ainda, nas palavras deste autor (2008, p.68) as “normas de direitos fundamentais são as normas diretamente expressas por essas disposições.”.

Segundo da Silva (2010), os Direitos Fundamentais podem ser conceituados como garantias consagradas na ordem Constitucional, indispensáveis à dignidade da pessoa humana, os quais limitam o exercício do poder do Estado em face da liberdade individual, nas suas mais diversas variações, ou seja, são prerrogativas, liberdades públicas de direitos humanos que visam proteger os interesses do cidadão.

Nesse sentido, didaticamente descrevem os autores Araújo e Nunes:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade) (2005, p.109, 110).

Portanto, os Direitos Fundamentais e sua aplicação em um ordenamento jurídico dizem respeito diretamente acerca da relação entre o Estado e o indivíduo, sendo que a concretização destes dispositivos dependem de ações positivas ou negativas por parte dos órgãos estatais.

Não obstante a grandiosa teoria elaborada a fim de determinar a forma de relação entre Estado, indivíduo e Direitos Fundamentais, cabe ressaltar que estes ainda são tradicionalmente classificados em gerações (ou dimensões), levando-se em conta o momento histórico de seu surgimento e do reconhecimento pelo ordenamento jurídico constitucional.

São consideradas, majoritariamente na doutrina, quatro gerações de Direitos Fundamentais, sendo a segunda delas a de maior importância para o presente estudo. Assim, de maneira sucinta, passa-se a análise de três dimensões de Direitos Fundamentais, analisando-se de maneira mais aprofundada a segunda delas: os Direitos Sociais.

A primeira dimensão os Direitos Fundamentais é chamada de liberdades negativas clássicas, isto é, são as conquistas de libertação do povo em face do Estado, tendo como exemplo basilar o direito à vida, à liberdade, como muito bem destaca Bonavides:

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. (2006, p. 563)

Deixando a segunda geração a ser analisada por último, passa-se a tratar dos Direitos Fundamentais de terceira dimensão, ou seja, aqueles ligados aos direitos da solidariedade, da fraternidade, e que englobam os direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à propriedade.

Já os direitos de quarta dimensão, Novelino (2008, p. 229) dispõe que “a quarta geração compreende os direitos à democracia, informação e pluralismo, introduzidos no âmbito jurídico em razão da globalização política.” Neste sentido, aqui estariam consagrados os direitos correlacionados a convivência em sociedade.

Por último, enfrenta-se agora os direitos de segunda dimensão, fruto da análise de presente trabalho que, segundo Masson (2015), são aqueles dos quais se refletem a busca da igualdade material, como as liberdades positivas, sendo exemplos os direitos sociais, culturais e econômicos. O seu surgimento se deu em decorrência do crescimento demográfico, da industrialização da sociedade.

Os Direitos Sociais encontram-se elencados, principalmente, no art. 6º da Constituição Federal, abrangendo não apenas os preceitos dos arts. 7º ao 11º do mesmo documento legal, mas também outros decorrentes ao longo da Carta Magna, como, por exemplo, o Título VIII - Da Ordem Social em seus artigos 193 e seguintes.

Ainda, os Direitos Sociais podem ser divididos conforme categorias legalmente consolidadas: a) os direitos sociais dos trabalhadores, subdividindo-se em direitos individuais e coletivos; b) os direitos sociais de seguridade social; c) os direitos sociais de natureza econômica; d) os direitos sociais da cultura; e) os de segurança.

Em que pese a Constituição Federal reforçar que estes direitos devem ser solidariamente repartidos em frações de responsabilidade pelo Estado e pela sociedade (no caso do direito à educação, por exemplo), é inegável considerar o Estado o responsável primário pela concretização destes Direitos Fundamentais de segunda dimensão, ou seja, conforme explica Tavares:

Estes direitos que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado na implementação da igualdade social dos hipossuficientes. São, por esse exato motivo, conhecidos também como direitos a prestação, ou direitos prestacionais. (2012, p. 837).

Diante disto, percebe-se o porquê de muitos doutrinadores associarem os Direitos Sociais às liberdades positivas, como é o caso de José Afonso da Silva (2010), reforçando a ideia da prestação positiva do Estado é a mais eficiente forma de possibilitar melhores condições de vida aos menos privilegiados. Desta maneira, busca-se, entre tantas formas de concretização destas normas constitucionais, se realizar a igualização de situações sociais desiguais, na medida de suas desigualdades. Para o renomado autor (2010), estas ações diretas ou indiretas do Estado devem, sempre, ligar os Direitos Sociais a ideia de igualdade. Nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos:

Estas prestações qualificam-se como positivas porque revelam um fazer por parte dos órgãos do Estado, que têm a incumbência de realizar serviços para concretizar os direitos sociais, [...] beneficiar os hipossuficientes, assegurando-lhes situação de vantagem, direta ou indireta, a partir da realização da igualdade real. (2011, p. 789).

Os Direitos Sociais necessitam da intermediação do Estado para efetivar, através de políticas públicas, condições básicas aos cidadãos e a própria sociedade. Estes direitos consideram a pessoa humana em si mesma, além de concepções individualistas, na própria perspectiva de sujeitos passivos carecedores de condições mínimas de subsistência. Assim, sendo essencialmente considerados Direitos Fundamentais, há de reconhecer aplicabilidade imediata e, no caso de omissão legislativa ou executiva, o próprio Estado Democrático de Direito deverá conceder meios efetivos de buscar sua materialização o que tem ocorrido, na prática, por meio do Poder Judiciário.

A efetivação de uma igualdade real, aliada ao conceito de direitos de segunda dimensão, deve garantir, como mencionado anteriormente, um mínimo existencial digno aos cidadãos. Segundo Sarlet (2009), a reserva do possível apresentaria uma tríplice faceta, sendo a primeira delas a disponibilidade dos recursos para a concretização dos; segunda seria a disponibilidade jurídica dos recursos materiais, humanos e orçamentários; e a terceira a proporcionalidade da prestação, que deve ser razoável quanto a sua exigibilidade.

A noção de um mínimo existencial está implicitamente prevista na Constituição Federal, em seus artigos 1º, III e 3º, III, estabelecendo metas que somente poderão ser obtidas com o avanço dos Direitos Sociais e a efetivação de políticas públicas. Apenas estas últimas poderão auxiliar em uma existência digna, assegurando à sociedade um acesso efetivo às prestações positivas do Estado.

Nesse contexto, Direitos Sociais são aqueles que visam garantir aos indivíduos condições essenciais, mínimas e imprescindíveis, exigem a intervenção do Estado, visando diminuir desigualdades sociais e tendentes a possuir custo excessivamente oneroso aos cofres públicos e, com isso, muitas vezes esquecidos pelo Poder Público.

Outrossim, os Direitos Sociais, como muito bem destaca Comparato (2010, p. 77): “se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente”

Entretanto, por dependerem de uma atuação estatal e por pertencerem a classe de normas de eficácia limitada, exigem disponibilidade financeira do Estado, sujeitos à denominada cláusula de “reserva do financeiramente possível”. Este preceito diz respeito à imediata consagração de direitos inerentes ao cidadão, dentre eles o direito a saúde, a moradia, ao trabalho, peças norteadoras de um Estado Social e que necessitam da efetivação através do Poder público.

A partir desse paradigma, tal princípio acaba sendo um limitador de determinadas políticas públicas, servindo como argumento ao Poder Público para frustrar e inviabilizar o mínimo existencial. A falta de orçamento aliado, muitas vezes, a incapacidade de gerenciamento da máquina pública de uma maneira produtiva, faz com que os cidadãos fiquem a margem da concretização destes direitos de segunda geração.

No momento em que o Poder Público se omite em cumprir, total ou parcialmente, o dever que tem de viabilizar o acesso a todos estes direitos constitucionalmente garantidos, surge o Poder Judiciário como providência única de tangibilidade de tais direitos.

A inércia pressupõe um desrespeito à Constituição, e por isso revela um comportamento juridicamente reprovável e que clama por solução. Avista-se, portanto, cada vez mais demandas judiciais buscando a concretização de Direitos Fundamentais Sociais, fazendo com que o Judiciário se transforme em um verdadeiro “ativista”.

Enfrentam-se, diariamente, diversas discussões sobre esta violação (ou não) do Poder Judiciário na competência dos demais Poderes, especialmente quando analisasse essa premissa em face do princípio constitucional da separação dos poderes. Resta, então, enfrentar a matéria sopesando diversos direitos constitucionalmente previstos: de um lado a garantia de um mínimo existencial palpável, bem como a efetivação de Direitos Sociais que garantam uma qualidade de vida digna; de outro, a ineficácia do Poder Público em garantir a todos os cidadãos o acesso a estes preceitos, fazendo com que o Judiciário se torne um meio, ainda que equivocado, de promover a própria dignidade da pessoa humana.

2 A (IN)EFICÁCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS E O PAPEL DO JUDICIÁRIO COMO FORMA DE EFETIVAR DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO: o surgimento do Ativismo Judicial.

Destarte, inegável a procura pelo Poder Judiciário frente à omissão diária dos demais Poderes, em especial do Executivo, já que estes possuem visíveis dificuldades para efetivar melhorias na vida de cidadãos, seja na atribuição de políticas públicas eficientes, ou na concretização de Direitos Fundamentais.

Os Direitos Sociais elencados no rol do art. 6º da Constituição Federal sejam eles a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados justificando, são prestações positivas que devem ser efetivadas, em primeiro lugar, pelo Estado. Quando este não consegue corresponder à altura de seu povo, muito se explica a busca incessante pela tutela jurisdicional como forma de efetivar estes direitos de segunda dimensão.

Assim, em que pese no meio jurídico ser de manifesto conhecimento que cada Poder deve, no âmbito das funções institucionais, limitarem-se as competências constitucionalmente previstas, o Poder Judiciário mostra-se, muitas vezes, como única forma de visualização prática de políticas públicas. Busca-se, através da tutela jurisdicional, o auxílio imediato e a solução de problemas sociais que, no fim, revelam uma gritante urgência do Estado em preservar a dignidade da pessoa humana, a consagração de direitos constitucionais e a perpetuar o Estado Social de Direito.

Entretanto, embora a atuação do Poder Judiciário se mostre importante na prática, não há como esquecer-se dos princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro, como é o caso da tripartição dos poderes, ou, segundo termo adotado majoritariamente na doutrina, o princípio da separação dos poderes.

A origem da separação dos poderes ocorreu muito antes do modelo de Estado que conhecemos nos dias de hoje, é um procedimento e uma constrição histórica, que se revelou há muitos anos na obra de Aristóteles conhecida como “A Política”. Ainda, este princípio se fundamentizou e tomou forma através de Charles de Montesquieu, o qual estabeleceu a separação dos poderes tal qual se conhece atualmente.

Isso posto, segundo Silva (2010) a divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais a órgãos diferentes pela suas especializações funcionais, garantindo autonomia e independência entre os órgãos.

Doutrinariamente, a separação dos poderes surge com o intuito de impedir e coibir abusos e exageros cometidos pelo poder público, basicamente para que haja

um controle entre os poderes, alcançando a chamada “ordem constitucional”. Nesse sentido, leciona Montesquieu:

Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares. (1987, p.165)

Nesse sentido, o princípio da separação dos poderes originariamente demonstrou que, segundo seu modelo tradicional, cada Poder, ou seja, Executivo, Legislativo e Judiciário, tem suas funções precípua, delimitando-as, respectivamente, de acordo com as relações de executar, legislar e julgar.

Pois bem, via de regra, cada Poder exerce sua função designada na Constituição, isto é, o Executivo tem a função de governar, o Legislativo de legislar e assim, o Judiciário de julgar. Ocorre que, sob o ponto de vista da eficiência, não seria possível que cada ente fizesse apenas aquilo que está previsto, sem, ao menos, exercer controle e observância sob os demais.

Contudo, em face do atual contexto social, não existe mais tamanha rigidez e solidificação entre as funções de cada Poder, isso porque a ampliação das atividades estatais impôs novas formas de relacionamentos. Neste sentido, atualmente, alguns doutrinadores costumam tratar a separação de poderes como uma forma de colaboração, apontando nitidamente para a harmonia e unificação do bem maior, evitando distorções e abusividades.

Partindo deste pressuposto, bem como do que já fora abordado anteriormente, mostra-se possível verificar que a Administração Pública, no ínfimo de sua função típica, deveria ser o ensejador de políticas públicas que viabilizassem os Direitos Sociais aos cidadãos, possibilitando o mínimo existencial, sobretudo a garantia de uma existência digna.

Ao tratarmos especificamente acerca de Direitos Fundamentais sociais, existe a necessidade constante de serem elaborados conteúdos programáticos com base na intervenção estatal, pelo Legislativo, a partir de formulação de leis, e do Executivo que possui o condão de implantar políticas públicas que visem garantir a todos o mínimo existencial.

Contudo, é possível verificar o Brasil falha diuturnamente quando se trata de garantir a toda a população, de maneira igualitária, a efetivação de Direitos Sociais, conforme destaca Krell:

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 (2002, p.17)

O Estado amparado pelo fundamento da reserva do possível costuma alegar que a promoção de um atendimento integral e igualitário a todos na sociedade não é possível, pois a reserva orçamentária disponível não seria capaz de suportar o ônus a ele instituído. Queda-se, portanto, inerte em suas funções precípua, revelando uma fraqueza em constituir políticas públicas palpáveis, escancarando uma impossibilidade financeira inexplicável e uma discricionariedade que nega àqueles que mais necessitam o seu amparo.

Outrossim, apenas com intuito dirimir dúvidas acerca do controle judicial, há muito tempo vem sendo discutido posicionamentos distintos sobre a possibilidade ou não de interferência do Poder Judiciário em políticas públicas e, conseqüentemente, na atuação do Legislativo e do Executivo.

De outra forma, encontra-se guarnecido o Poder Público pela discricionariedade do administrador, embora esquecidos de que tal função encontra-se dentro de um critério de razoabilidade, e que para tanto sua decisão precisa ser adequada ao caso concreto, a fim de atingir sua finalidade essencial, sob pena de correção pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, a Corte Suprema brasileira assim se posiciona quanto à questão da concretização dos Direitos Fundamentais sociais, se não vejamos voto do Ministro Celso de Mello em ADPF nº 45, citada por Juliano Ralo Monteiro, *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.

A respeito do tema, Barroso leciona que:

O conhecimento convencional em matéria de controle jurisdicional do ato administrativo limitava a cognição dos juízes e tribunais aos aspectos da legalidade do ato (competência, forma e finalidade) e não ao seu mérito (motivo e objeto), aí incluídas a conveniência e oportunidade de sua prática. Já não se passa mais assim. Não apenas os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade,

eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade permitem o controle da discricionariedade administrativa (observando-se, naturalmente, a contenção e a prudência, para que não se substitua a discricionariedade do administrador pela do juiz) (2009, p. 377).

Partindo desse paradigma, surge então, a maior problemática: o Poder Judiciário pode, através de um verdadeiro “ativismo judicial”, suprir a falta de políticas públicas e de normas que regulamentam tais direitos, mesmo que, para tanto, acabe invadindo competências de outros Poderes?

Defendendo uma resposta assertiva para a pergunta acima formulada, destaca-se Andrade:

Cremos ser o Judiciário competente para controlar a legalidade de todo e qualquer ato emanado pelo poder público, seja vinculado ou discricionário, e ademais, o controle político condizente com a conveniência e oportunidade – típicos do administrador – deve de igual modo ter sua contingência também controlada pelo Judiciário numa interpretação não mais lógico-formal de suas atribuições, mas em sentido material-valorativo, ao verificar se a medida coaduna-se com os princípios consagrados na Constituição (2007, p.322).

Com efeito, seguindo a linha de raciocínio do Supremo Tribunal Federal, é claro o entendimento de que o Poder Judiciário, como função institucional, tem o poder-dever de implementar políticas públicas quando os demais órgãos públicos descumprirem seus encargos, devendo limitar-se a buscar a integralidade de Direitos Fundamentais, apensadas na existência digna e no mínimo existencial.

Nesse sentido, segue o mesmo entendimento Vianna *apud* Lima (2007), expondo que o Poder Judiciário tem como objetivo precípuo a efetivação de princípios programáticos da Carta Magna, não devendo criar discussões e confrontos com os demais ramos dos direitos, tão somente efetivar garantias e vedar o retrocesso social.

Por óbvio a interpretação quando se trata de Direitos Sociais deve, inevitavelmente, estar atrelada a um não retrocesso nas suas conquistas, uma vez que, por assim dizer, os Direitos Fundamentais, sejam eles sociais ou não, são a base de um Estado Democrático de Direito. Assim, tais conquistas são alavancadas a cada ano por mudanças sociais, sem mencionar que fazem parte de uma construção histórica, não podendo simplesmente serem suprimidas dos cidadãos sem análise de possíveis afrontas a direitos constitucionalmente protegidos.

Esta contradição entre invadir esferas de outros Poderes e efetivar Direitos Sociais básicos a uma população deve se amparar em princípios norteadores do

Direito Constitucional contemporâneo, principalmente buscando uma solução através do preceito da interpretação efetiva que, segundo Canotilho (1998), em caso de dúvidas, deve preferir a perspectiva que reconheça maior eficácia aos Direitos Fundamentais.

Ora, efetivamente adotar a vedação ao retrocesso social não seria nenhuma afronta aos demais direitos, pelo contrário, significa valorar a segurança jurídica, pois uma vez obtido um determinado grau de realização, passa a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo.

Essa busca judicial por respostas concretas, amparada na desmistificação de que apenas os poderes políticos poderiam ser norteadores de políticas públicas, encontra respaldo no denominado Ativismo Judicial que, segundo Ramos, é definido como:

Exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas (2010, p.129).

O Ativismo Judicial surgiu juntamente com o Estado Democrático de Direito, é uma tendência que revela diferentes formas de criar o direito ou a efetivá-lo. Legitimado pelo Poder Constituinte Originário, tem se tornado um mecanismo de grande repercussão social, apresentando decisões que vão muito além da “boca da lei”. Esta tendência do Poder Judiciário é uma verdadeira forma de difusão valorativa de carga política, afetando, diversas vezes, as políticas públicas e os demais Poderes.

Portanto, pode-se afirmar que o Ativismo Judicial é uma forma moderna de conceber a democracia, pois a crescente atuação dos Juízes e dos Tribunais em problemas sociais, efetivando direitos de segunda dimensão que estavam marginalizados pelo Estado, aparece para a sociedade como único meio de garantir Direitos Fundamentais e formalizar o respeito à Dignidade da Pessoa Humana. Segundo Dworkin:

A irrupção do ativismo jurídico só poderá ser compreendida se relacionada a

um movimento profundo, do qual ele é apenas uma das manifestações. Não se trata de uma transferência de soberania para o juiz, mas sobretudo uma transformação da democracia. A grande popularidade dos juizes está diretamente ligada ao fato de que foram confrontados com uma nova expectativa política, da qual se sagraram como heróis, e que encarnaram uma nova maneira de conceber a democracia (1999, p. 15).

Outrossim, o próprio Ministro do STF Gilmar Mendes compactua com o controle judicial, ao proferir que o Supremo não se curvaria a ninguém, muito menos seria tolerante com a “prepotência de governantes”, uma vez que seu papel era desempenhar funções que caminhassem lado a lado com a Constituição Federal, traçando objetivos claros e garantido direitos aos cidadãos.

Com efeito, seguindo o ilustre doutrinador Gilmar Mendes, embora ciente de que exista uma invasão entre as esferas dos Poderes, não há como deixar de lado a apreciação de algumas matérias pelo Poder Judiciário, determinando, com excepcionalidade, a definição de políticas públicas e ao cumprimento de encargos, sempre que os demais órgãos vierem a comprometer Direitos Sociais com a sua omissão ou ineficácia.

Nesse sentido, leciona Barroso (2009):

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (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 (2009, p.06)

Ora, resta inquestionável a atuação do Poder Judiciário na concretização e efetivação de Direitos Fundamentais e demais garantias constitucionais, através de um verdadeiro Ativismo, pauta-se na observância do Estado Social. Assim defende Streck (2009) quando ressalta que inércia do Executivo e do Legislativo formam lacunas perigosas, e que estas devem ser supridas pelo Judiciário, pois, caso este também se omitisse, poria em risco a própria essência de um Estado Democrático de Direito.

Assim, Silva e Weiblen, dissertam 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 (2007, p. 52).

Logo, é possível afirmar que o Poder Judiciário exerce um papel imprescindível na vida dos cidadãos, seja para estabelecer uma existência digna, ou para legitimar ações com viés sociais, através de políticas públicas ou de implementação de diretrizes possibilitem o acesso aos Direitos Fundamentais sociais e ao próprio mínimo existencial.

Não obstante, a atuação do Poder Judiciário se pauta na efetivação de princípios programáticos e na concretização de Direitos Fundamentais, ou seja, com base nos ensinamentos de Streck (2002), o Poder Judiciário transcende funções, inserindo-o no âmbito das relações dos poderes de Estado.

Assim, não restam dúvidas acerca da posição dominante da doutrina e jurisprudência brasileira, que defendem a importância de uma interferência judicial em face da recorrente displicência estatal. As inúmeras ações judiciais que movimentam, todos os dias, diversas comarcas varas judiciais são o reflexo de um Estado que necessita, urgentemente, de uma reforma política e orçamentária, porquanto não esta sendo apto a garantir uma igualdade de tratamento a toda sua população sem recorrer ao Judiciário.

Os riscos de uma interferência política do Judiciário, nos demais Poderes, não pode ser totalmente eliminada, pois é um perigo real, mas que merece uma justa relativização. Frente a um Estado omissivo e que, muitas vezes, maltrata seus cidadãos por incompetência de gestão e má administração de recursos públicos, o Judiciário não pode cegar-se ou omitir-se. Um Estado Constitucional de Direito não pode ser indiferente a diversas pessoas que se vêem desamparadas em seus direitos mais básicos, tais quais são os Direitos Fundamentais de segunda geração.

Ressalta-se que é livre o acesso à justiça e que esta garantia é, atualmente, a que possibilita vislumbrar uma efetivação de diversos Direitos Fundamentais. O Ativismo Judicial é a faceta mais conhecida do Judiciário pela sociedade, é, senão, a

última esperança de vislumbrar e apalpar garantias previstas no texto constitucional. Se, por um lado, a atuação jurisdicional é um fôlego para a sociedade, por outro, revela uma batalha institucional entre Poderes.

Prefere-se ver, no fim, o Ativismo Judicial como sendo uma das novas faces da democracia. Parafraseando Rui Barbosa, lutar por seus direitos é ser digno deles, e assim faz o Judiciário, todos os dias e incansavelmente, amparado pela Constituição Federal e pelos princípios norteadores de um Estado Democrático de Direito.

4 CONCLUSÃO

O Ativismo Judicial e a crescente busca pela concretização de Direitos Sociais na paisagem jurídica brasileira geram diversas discussões a respeito da intervenção Judiciária nos demais Poderes.

A crescente inércia do Estado em efetivar Direitos Fundamentais, seja por falta de recursos públicos ou ineficácia da máquina administrativa, põe em risco a própria legitimidade democrática. O Poder Judiciário, ao intervir em questões que fogem a sua competência institucional, mostra-se como último recurso pela busca incessante de direitos básicos dos cidadãos, tais como os elencados no rol do art. 6º da Constituição Federal.

Através do presente artigo, levantaram-se posições jurídicas e doutrinárias relevantes, que defendem a importância do Ativismo Judicial como uma nova face da democracia. Além de guardião da Constituição, o Poder Judiciário deve pautar-se em legitimar Direitos Sociais mesmo que, para tanto, ingresse em funções atípicas de sua gestão.

O objetivo de um Estado Democrático de Direito é, entre tantos preceitos, garantir que sua população receba tratamento igualitário, bem como que a dignidade da pessoa humana seja o objetivo final a ser alcançado. O Ativismo Judicial surge, portanto, para concretizar estes preceitos, frente à omissões legislativas e executivas, mesmo que para isso tenha que interferir nos demais Poderes.

Há que se ressaltar, que a Constituição Federal atribui a tripartição dos Poderes e que, de fato, estes devem ser harmônicos e independentes entre si. Cada um desses poderes possui funções próprias e importantíssimas para a manutenção

da vida em sociedade, podendo-se afirmar que o Judiciário, atualmente, tem sido o “garantidor social” frente a ineficiência de um Estado enfraquecido, possuindo o condão de minimizar a inércia dos demais Poderes.

A relevância de um bem jurídico está intimamente ligada ao tratamento isonômico e constitucional que o Poder Público lhe confere e, embora tradicionalmente se tenha um zelo especial com os Direitos Sociais, atualmente, só o Poder Judiciário se mostra forte o suficiente para tutelá-los.

Diante das informações trazidas e com base na pesquisa realizada, verifica-se que a própria Carta Magna preocupa-se em efetivar ao máximo os Direitos Fundamentais, independente da dimensão de Direitos. Entretanto, pelo fato de que a segunda geração abrange a ideia do mínimo existencial, trazendo garantias como a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, é que mereceu tratamento especial perante este estudo, já que depende, diariamente, que sua plenitude seja garantida através Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ANDRADE, Fernando Gomes. **Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88 – uma análise crítica da atuação do STJ e STF**; in: **Constitucionalismo, Tributação e direitos humanos**. SCAFF, Fernando Facury (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf>. Acesso em: 24/04/2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 789.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra editora Lda, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 3. Ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

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.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das leis**. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Ediouro, 1987.

NETTO, Menelick de Carvalho et SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2.ed. Rev. Atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. Rev. Atual. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

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**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermeneutica: Uma nova Crítica do Direito**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2002.

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

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

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.