

CENTRO UNIVERSITÁRIO – UNIFAAT

BACHARELADO EM DIREITO

ANA LÍGIA BELISÁRIO MUTTI FERREIRA

**A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA ESCOLHA DE
POLÍTICAS PÚBLICAS: ATIVISMO JUDICIAL OU
CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS?**

ATIBAIA – SP

2018

ANA LÍGIA BELISÁRIO MUTTI FERREIRA

**A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA ESCOLHA DE
POLÍTICAS PÚBLICAS: ATIVISMO JUDICIAL OU
CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS?**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Unifaat, sob orientação do professor Alexandre Rocha Almeida de Moraes.

ATIBAIA-SP

2018

FOLHA DE APROVAÇÃO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Termo de aprovação

ANA LÍGIA BELISÁRIO MUTTI FERREIRA

**Título: “A Interferência do Poder Judiciário na Escolha de Políticas
Públicas: Ativismo Judicial ou Concretização das Normas
Constitucionais?”**

Trabalho apresentado ao curso de Graduação em Direito, para apreciação do professor orientador Me. Alexandre Rocha Almeida de Moraes, que após sua análise considerou o Trabalho _____, com Conceito _____.

Atibaia, SP, ___ de _____ de 2018.

Prof Me. Alexandre Rocha Almeida de Moraes.

Dedico este trabalho e, por conseguinte, o que ele representa, o fim de um ciclo em minha vida, àquele que até este momento me sustentou e esteve ao meu lado durante todas as intempéries, concedendo-me forças e coragem para seguir em frente, a Deus manifesto minha eterna gratidão.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço aos meus pais Fábio Mutti Ferreira e Naira Fernanda Belisário Mutti Ferreira que, durante a minha trajetória na graduação, se doaram ao máximo para que eu pudesse aproveitar essa oportunidade, me incentivaram e me deram todo apoio emocional e também material para que eu concluísse com louvor essa etapa. Agradeço porque estiveram ao meu lado, acompanhando passo a passo a minha evolução e por terem suavizado “as pedras” em meu caminho. Externo a minha gratidão também aos meus irmãos Tiago Augusto e Verônica Maria e aos meus avós Aparecido e Maria que colaboraram para que este momento chegasse. Sem eles, nada disso seria possível.

Agradeço aos meus professores que, com empenho, se dedicaram ao meu aprimoramento pessoal e profissional e compartilharam generosamente os seus respectivos conhecimentos.

Em especial, agradeço ao meu professor e orientador Alexandre Rocha Almeida de Moraes por todo incentivo, confiança e amizade em mim depositadas. Serei eternamente grata à vida por ter cruzado o meu caminho com uma pessoa tão humana, que desde o princípio me fez enxergar o mundo com outros olhos, de esperança, me fazendo acreditar que podemos promover mudanças em nosso meio social, sempre com muito idealismo e estoicismo.

Não poderia deixar de agradecê-lo por partilhar, de forma impecável, uma porção de seus conhecimentos teóricos, me fazendo ter a certeza de que estou trilhando o caminho certo e me apaixonando cada dia mais por aquilo que escolhi seguir profissionalmente. Obrigada por me servir como exemplo e inspiração, sendo, sem dúvida alguma, a minha única opção para orientação deste trabalho. Foi uma honra.

Agradeço, ainda, à Instituição – UNIFAAT - por ter me proporcionado, durante cinco anos, experiências incríveis, de muito aprendizado, as quais formaram a base do meu, ainda reduzido, saber.

Por fim, agradeço aos amigos que a graduação me apresentou e, porque não dizer me presenteou. Obrigada por terem feito das minhas manhãs melhores e sempre, com muita paciência, terem me ajudado nos estudos e em todas as adversidades pelas quais passamos.

MUITO OBRIGADA, todos certamente me tornaram uma mulher melhor.

“Não basta que os magistrados conheçam com perfeição as leis tais como são escritas; seria necessário que conhecessem igualmente a sociedade em que essas leis devem viver”.

(Calamandrei, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. 2ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015, p. 120).

RESUMO

O Judiciário ao se deparar com a chamada síndrome de inefetividade das normas constitucionais possui duas escolhas: continuar como um espectador aguardando a atuação proativa dos demais Poderes da República ou, uma vez provocado, pode assumir o papel de protagonista para fazer valer os direitos constitucionalmente previstos, notadamente àqueles de cunho social relacionados ao mínimo existencial, que devem ser concretizados através de políticas públicas. Ressalta-se que esta última atitude encontra amparo na própria Lei Maior que legitima o Judiciário, em especial, o Supremo Tribunal Federal, como seu guardião, a dar efetividade aos preceitos nela esculpido, tudo isso sem violar a separação de poderes que, contemporaneamente, deve ser reinterpretada e, assim, promover a paz e justiça social, observando a proporcionalidade e eficácia de suas decisões.

Palavras-chave: Direitos sociais. Políticas públicas. Poder Judiciário. Ativismo judicial. Concretismo judicial.

ABSTRACT

The judiciary branch is facing the so-called syndrome of ineffectiveness of constitutional norms that has two choices: to continue as a spectator waiting for proactive action of the other Powers of the Republic or it can assume the role of protagonist to enforce the constitutional rights, especially those of a nature social relations related to the existential minimum, that must be fulfilled through public policies. It should be emphasized that this latter attitude finds support in the Greater Law itself, which assigns the Judiciary, especially the Federal Supreme Court, as its defender, to give effect to the norms it sculpted, all without violating the separation of powers that, at the same time, must be reinterpreted and thus promote peace and social justice, observing the proportionality and effectiveness of its decisions.

Keywords: Social rights. Public policy. Judicial power. Judicial activism. Judicial concretism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. PODER JUDICIÁRIO: DO MODELO DE ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A METAMORFOSE DA TEORIA TRIPARTITE DOS PODERES	12
2. POLÍTICAS PÚBLICAS E CONTROLE JUDICIAL	23
2.1 Políticas Públicas: conceito, elaboração e sua íntima relação com os direitos sociais oriundos de normas constitucionais programáticas	23
2.2 A teoria da reserva do possível como óbice à implementação de políticas públicas	27
2.3 Manifestação positiva do Poder Judiciário no cumprimento dos preceitos constitucionais relativos à efetivação dos direitos sociais.....	30
3. NOÇÕES SOBRE O CHAMADO ATIVISMO JUDICIAL	35
3.1 Definição de ativismo judicial e sua correlação com a criatividade do intérprete do direito	35
3.2 A indispensável diferenciação de ativismo judicial e judicialização da política	42
3.3 Mecanismos legais de controle judicial que oportunizam a ingerência do Poder Judiciário em outras esferas que dizem respeito aos demais poderes da União	47
3.4 Da inevitabilidade do ativismo judicial.....	56
CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66

INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscou de forma simplificada, porém didática, abordar o polêmico tema do ativismo judicial e os assuntos que o circundam. Por ser um tema extremamente abrangente, repleto de questionamentos e discussões, procurou-se dar atenção ao proativismo do Judiciário no que diz respeito à escolha de políticas públicas, isto é, sua ingerência no campo da administração pública, inclusive figurando como o título deste estudo.

Logo no primeiro capítulo observa-se o contorno histórico dado ao tema, no sentido da evolução do papel do Judiciário no decorrer das diferentes eras de Estado. Deu-se ênfase ao comportamento judicial durante o Estado liberal, após no social e, por fim, no denominado Estado Democrático de Direito que hodiernamente se aproxima do chamado neoconstitucionalismo. E sua ascensão através do exercício de jurisdição constitucional, oportunidade em que a sociedade vislumbrou este Poder como sendo garantidor das promessas constitucionais.

Em seguida, foi analisada a legitimidade do Judiciário em controlar o processo de escolha de políticas públicas, especialmente, revendo os atos da administração pública que, por vezes deficitária, se omite nas chamadas prestações positivas atinentes aos direitos sociais, aqueles de segunda direção, deixando seus cidadãos a própria sorte.

Assim, em decorrência da ausência de ações governamentais para implemento de políticas públicas que assegurem os direitos mínimos, vitais, intrinsecamente ligados à dignidade da pessoa humana, o Judiciário é acionado para que interfira na realidade social, efetivando ou emanando decisão para que se efetivem tais direitos. Nesse ponto reside o controle judicial que, apesar de não ter competência para optar por determinadas políticas públicas, deve fiscalizar a atuação estatal, observando se os ditames constitucionais estão sendo eficientemente cumpridos.

Envolvendo essa mesma temática temos a teoria da reserva do possível que amiúde é utilizada pelo Executivo como óbice para implementar os direitos fundamentais constitucionalmente preconizados, porém quando essa tese é apresentada

ao Judiciário, este a rechaça, por entender que há prioridades na Constituição que o Estado não pode deixar de cumprir, uma vez que elas envolvem os direitos mais caros à vida humana.

Diante da constante inefetividade das normas constitucionais surgiu o movimento que foi intitulado pela doutrina e pelos críticos como “ativista” por parte do Judiciário que, por vezes, se confunde com a famosa judicialização da política, que conforme se observará no decorrer dos capítulos se diferencia do ativismo. Esse movimento procura se legitimar dentro deste cenário de omissão dos demais Poderes, encontrando respaldo em mecanismos legais de controle judicial das leis editadas pelo Legislativo e dos atos praticados pelo Executivo.

Dentre os mecanismos encontra-se com notória evidência o controle de constitucionalidade e junto dele o mandado de injunção e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, além da prática de atividade normativa atípica pelo Judiciário seja através do novo sistema de precedentes vinculantes ou pela já conhecida súmula vinculante, todos instrumentos que possibilitam uma maior intervenção judiciária na competência dos outros dois Poderes da República.

Ademais, perante o contexto apresentado, é possível analisar se a prática do ativismo no exercício da jurisdição é ou não inevitável e se, é necessária, quais seriam os limites a ser observados pelos magistrados e Tribunais para que sua atuação não seja criticada como sendo arbitrária e discricionária.

Esses questionamentos foram amplamente debatidos nos capítulos que se seguem, oportunizando uma melhor compreensão do leitor sobre o tema, para que ao menos em um discussão inicial possa ser norteado pelas definições aqui encontradas e se questione e anseie pela pesquisa acerca da inevitabilidade de um Judiciário protagonista nos dias atuais, como já bem defendeu Montesquieu “não se deve nunca esgotar de tal modo um assunto, que não deixe ao leitor nada a fazer. Não se trata de fazer ler, mas de fazer pensar” (1867, p. 154, *apud* Boldrini, 2012).

1. PODER JUDICIÁRIO: DO MODELO DE ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A METAMORFOSE DA TEORIA TRIPARTITE DOS PODERES

Inicialmente, a fim de viabilizar a compreensão do atual papel desempenhado pelo Poder Judiciário e, especialmente, os seus limites, faz-se necessário perpassar pelo contexto histórico que envolve sua atividade, ainda que de maneira sucinta, conforme veremos a seguir.

O Judiciário foi, paulatinamente, obtendo espaço com as modificações ensejadas pelos modelos de Estado, quais sejam liberal, social e democrático de direito. No conhecido Estado liberal, que tomou forma a partir da Revolução Francesa de 1789, já no fim do século XVIII, a qual pôs fim ao Estado Absolutista/Monárquico, foram consagrados os denominados pilares de sustentação da doutrina dos direitos fundamentais, isto é, a liberdade, igualdade e fraternidade.

Naquela oportunidade, a classe burguesa, que detinha o poder econômico, necessitava que lhe fosse garantida a não intervenção estatal na economia, além de que fosse limitada a atuação do Estado por meio, inclusive, da tão famigerada Teoria da Divisão dos Poderes, conhecida também como a tripartição de poderes, idealizada por Charles-Louis de Secondat, o conhecido “Montesquieu”.

Para muitos doutrinadores a teoria supramencionada, na realidade, teve sua origem com John Locke, filósofo inglês, que ficou conhecido como “pai do liberalismo político”, uma vez que combatia o regime absolutista, propondo “um tipo de governo limitado, que seria exercido mediante um contrato entre a sociedade e o governante, evitando-se o caos e possibilitando a emergência do governo constitucional” (Guedes, 2008). Todavia, quem deu contorno e idealizou de forma sistemática os ideais do filósofo, foi Montesquieu em sua obra “O Espírito das Leis”, lançada em 1748, aduzindo que se alguém detém um poder, é possível que dele se abuse, por isso, seria essencial a atuação conjunta de três poderes que impusessem limites entre si. Nesse sentido aponta:

(..) todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até onde encontrar limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites. Para que não possam abusar do poder pela disposição das coisas, o poder freie o poder (...) 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 leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas particulares (1987, p. 136 e 165, *apud* Guedes, 2008).

Ainda, no tocante ao Estado Liberal, além da não intervenção estatal e a limitação de sua atuação pela tripartição de poderes, outro objetivo de profunda importância foi almejado, qual seja, a garantia de direitos individuais fundamentais, notadamente a igualdade e a liberdade, os quais deveriam ser observados pela Constituição do Estado. Tal assertiva vem corroborada pelo enunciado do artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, criada em 1789, fruto da Revolução Francesa, o qual preconiza “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Nas palavras do jurista português Canotilho “A sociedade tem uma constituição; a constituição é a constituição da sociedade. Isto significava que nos esquemas políticos oitocentistas a constituição aspirava a ser um ‘corpo jurídico’ de regras aplicáveis ao ‘corpo social’” (2002, p. 88).

Na mesma toada, continua “Nesse sentido se compreende a expressão – **Constituição da República** – para exprimir a ideia de que a constituição se refere não apenas ao Estado, mas à própria comunidade política, ou seja, à *res publica*” (Canotilho, 2002, p. 88).

Assim, como nesse modelo de estado o principal objetivo era limitar o poder do Estado assegurando os direitos chamados de *direitos de primeira dimensão*, são eles, os civis e políticos, denota-se ascensão do Poder Legislativo, de modo que: “(...) o Judiciário foi identificado como uma organização burocrática e fechada a pressões de seu ambiente externo. Ainda que essa não fosse uma descrição realista da atuação da magistratura, era o modelo concebido pelo liberalismo político” (Campilongo, 2002, p. 27). Neste momento o Judiciário era visto como “*a boca da lei*”, cuja função era tão somente aplicar a norma positivada ao caso em concreto.

Frise-se que o Judiciário, no Estado Liberal, é visto como neutro, uma vez que tal neutralização:

(...) decorre da estrita observância do princípio da legalidade, impedindo que os tribunais decidam em descompasso com o ordenamento jurídico posto, e do princípio da subsunção racional-formal, por meio do qual se estabelece que a aplicação do direito é uma subsunção lógica de fatos a normas e, como tal, desprovida de referências sociais, éticas ou políticas (Gonçalves, 2002, p.257).

Não obstante o Estado Liberal tenha obtido avanços com a consagração de direitos fundamentais individuais, consubstanciando a emancipação do indivíduo, através do resguardo da liberdade e a igualdade, esta era apenas formal, ou seja, estava somente prevista no ordenamento jurídico sem qualquer aplicação prática que assegurasse a todos a igualdade de oportunidades e exercício de seus direitos, o que gerou males de cunho social.

A contrapartida dessa emancipação correspondeu à perda da proteção familiar, estamental ou religiosa, tornando o indivíduo vulnerável às vicissitudes da vida. (...) o advento dos direitos de cunho liberal não se mostrou suficiente para que a dignidade humana fosse assegurada. A industrialização (...) acentuou a exploração do homem pelo homem, problema que o Estado Liberal, de característica absenteísta, não tinha como resolver (Sarmiento, 2006, p.15, *apud* Gonçalves, 2013, p. 30).

Diante da ineficácia estatal na resolução dos problemas gerados pelo liberalismo político e econômico, a sociedade oprimida clamava por sua intervenção, erguendo-se o denominado Estado de Bem-Estar Social.

O Estado Social, por sua vez, amparado pelos movimentos socialistas, culminou nos direitos de segunda dimensão, quais sejam, os econômicos, sociais e culturais. Exteriorizando essa ideia Gonçalves citando Eduardo Appio afirma:

O ainda incipiente processo de industrialização no continente europeu, que demandava a reformulação das relações entre capital e trabalho, revelou a insuficiência do modelo adotado pelo Estado Liberal no que diz respeito aos direitos fundamentais, impondo a adoção de um novo modelo de Estado que, já no início do século XX, passa a assumir a missão de superar os problemas gerados pelo capitalismo. O Estado social nasce ancorado na necessidade de uma reformulação do capitalismo, a partir do esgotamento do modelo liberal. Os direitos de liberdade considerados como direitos naturais e correlatos à própria condição humana, revelaram-se incapazes de conter conflitos crescentes no âmbito social, sendo necessário que o Estado passasse a positivar direitos de índole “artificial”, os direitos econômicos e sociais (Appio, 2005, p. 55-56, *apud* Gonçalves, 2013, p 33).

Dentro deste contexto, ressalta-se que, a Constituição mexicana de 1917, em reação ao sistema capitalista e de forma pioneira, dispôs sobre direitos fundamentais dos trabalhadores. Juntamente com a Constituição Alemã de Weimar que em 1919 positivou os direitos sociais e econômicos. Sobre esta última Carta, os doutrinadores afirmam que os dispositivos constitucionais que trataram da educação pública e dos direitos trabalhistas tornaram-se a base da democracia social que seria implementada em alguns países europeus após a Segunda Guerra Mundial, influenciando, assim, todo o Ocidente (Gonçalves, 2013, p. 36). Nesse seguimento temos que:

O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista e a Segunda Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos – que o sistema comunista negava – com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo. De certa forma, os dois grandes pactos internacionais de direitos humanos, votados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, foram o desfecho do processo de institucionalização da democracia social, iniciado por aquelas duas Constituições do início do século (Comparato, 2007, p.195, *apud* Gonçalves, 2013, p. 36).

Nesse segundo modelo estatal, o Estado que antes deveria se abster de se ingerir nas relações socioeconômicas, assume a conhecida posição de garantidor, de modo que dele se reclama o cumprimento de prestações positivas assegurando o mínimo de dignidade ao seu povo. E foi com esse intuito que o Poder Executivo tornou-se o protagonista a fim de satisfazer as necessidades sociais e, por conseguinte, o já comentado princípio da separação dos poderes é reinterpretado “eis que já não seria possível admitir-se uma divisão estanque de atribuições. Exige-se uma visão cooperativa dos poderes (...)” (Cruz, 2001, p. 222, *apud* Medeiros; Nelson, 2013).

Pondere-se que os direitos de segunda dimensão “(...) outorga ao indivíduo a possibilidade de exigir prestações sociais estatais (assistência social, saúde, educação, etc), explicitando a necessidade de uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas” (Sarlete, 2007, p. 56-57, *apud* Gonçalves, 2013, p. 38).

Importante, ainda, destacar que o que distingue os direitos sociais dos civis e políticos:

(...) é sua dimensão positiva, uma vez que não mais estamos diante de situações nas quais o que se busca é evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual; pelo contrário, o que se pretende, com o reconhecimento dos direitos sociais, é a garantia de participação do indivíduo no bem-estar social (Gonçalves, 2013, p. 38).

Novamente afirma-se que os Poderes Executivo e Legislativo, notadamente o primeiro, são responsáveis, para que dentro do contexto de Estado Social, os direitos sociais tenham eficácia, com a promoção de serviços de caráter público.

Para que se possam ser materialmente eficazes, os direitos sociais demandam a intervenção ativa e continuada dos Poderes Públicos, sendo que, ao contrário da maioria dos direitos individuais tradicionais, cuja proteção exige do Estado que jamais permita sua violação, os direitos sociais requerem uma enorme diversidade de políticas públicas que devem ter por objetivo a sua concretização (Faria, 1994, p. 54, *apud* Gonçalves, 2013, p. 41).

Não se pode olvidar que os direitos de segunda dimensão surgiram de modo a complementar aqueles de primeira dimensão, vez que restou evidente que para o exercício dos direitos civis e políticos pelos cidadãos, era imprescindível a atuação estatal que garantisse condições mínimas de vida e bem-estar social. “Os direitos fundamentais de primeira e segunda gerações formam um conjunto uno e indissociável, e que a liberdade individual afigura-se como mera ilusão caso não seja acompanhada de um mínimo de igualdade social (...)” (Comparato, 2007, p. 337, *apud* Gonçalves, 2013, p. 41).

Conclui-se, dessa forma, que no Estado dito Social buscou-se primordialmente a igualdade material, também chamada de substancial, na tentativa de fazer valer a máxima “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”. Nesse sentido, vale mencionar relevante fragmento de autoria de Amartya Kumar Sen em sua obra intitulada como “Desigualdade Reexaminada”:

(...) a avaliação das demandas de igualdade tem que se ajustar à existência de uma diversidade humana generalizada, sendo que a poderosa retórica da igualdade entre os homens tende a desviar a atenção dessas diferenças. (...) temos que as exigências voltadas para a consecução de uma igualdade substantiva mostram-se especialmente rigorosas e complexas quando existe uma boa dose anterior de desigualdade a ser enfrentada (Sen, 2001, p. 29-30, *apud* Gonçalves, 2013, p. 43).

É certo que a função atribuída ao Estado de promover o bem-estar social e a igualdade substancial entre os seus indivíduos não se mostrou tarefa fácil e tampouco apresentou eficácia. Isso porque, os cidadãos aguardavam uma postura ativista por parte do Estado, a fim de que fosse provedor e garantidor dos direitos sociais, porém restou inevitável o seu fracasso que culminou na chamada “crise fiscal”, isto é, com aumento da demanda, com o objetivo de receber prestações positivas estatais, houve o que se denominou insolvência governamental, porque o Estado deixou de atender o clamor social.

Inserido neste panorama, em virtude da violação dos direitos sociais constitucionalmente previstos, coube ao Judiciário dirimir muito além do “certo” e “errado”, mas “também e, sobretudo, examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza)” (Ferraz Júnior, 1994, p. 18, *apud* Gonçalves, 2013, p. 261).

O mesmo autor retrocitado afirma que durante o Estado Social, uma vez instalada o crescente ultraje aos direitos sociais, foi necessária a desneutralização dos julgadores, considerando que:

(...) os litígios judiciais passam a admitir e a exigir novas formas de direito de ação (*class action* e ação civil pública, por exemplo), circunstância que afeta a posição de neutralidade do juiz quando se vê diante de um pedido que corresponda a uma prestação jurisdicional tendente a corrigir desvios de condutas na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa (Gonçalves, 2013, p. 262).

Novamente, ao citar Ferraz Júnior, Gonçalves aduz que o Judiciário foi chamado a exercer função “socioterapêutica”, sendo que sua tarefa deixou de ser apenas a aplicação do texto legal em sua literalidade, voltando seu olhar aos fins a que ele se destina, em uma perspectiva ontológica da norma. “O Judiciário torna-se responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social, postulando – se que eventuais insucessos de suas decisões devam ser corrigidos pelo próprio processo judicial” (Ferraz Júnior, 1994, p. 19, *apud* Gonçalves, 2013, p. 263).

Certo é que “com a afirmação do Estado social, inúmeras expectativas materiais transformaram-se em autênticas pretensões jurídicas, e no Brasil, especialmente ao longo da década de 1980, tanto a Constituição de 1988 quanto a legislação infraconstitucional caminharam nessa direção” (Campilongo, 1994, p. 124, *apud* Gonçalves, 2013, P. 264).

Diante deste contexto, emerge o Estado Democrático de Direito, assentado no ideal de dignidade da pessoa humana.

Dignidade humana expressa resumidamente a força motriz do novo paradigma do Estado Democrático de Direito. A luta por dignidade leva a sociedade, de uma postura passiva para uma atitude francamente ativa. O cliente do Estado-Providência desiste de esperar. Levanta-se e se organiza (Cruz, 2001, p. 223, *apud* Medeiros; Nelson, 2013).

Assim, nas palavras de Lenio Streck “O Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social”. Continua “é um plus normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito” (1999, *online*, p. 37).

Ademais, pode-se afirmar que o protagonista do Estado Democrático é o Poder Judiciário, pois é a ele depositada a função de garantir eficácia aos direitos constitucionalmente previstos. Desse modo, em breve síntese:

(...) no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direito negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário (Streck, 1999, *online*, p. 37).

É o que afirma com coerência Campilongo “quer na modelagem jurídica do Estado Liberal quer na modelagem jurídica do Estado Social, o Legislativo e, depois, o Executivo exerceram um papel central e, na prática, hierarquicamente superior àquele assumido pelo Judiciário no interior do sistema político” (Campilongo, 2002, p. 28).

Em relação à missão exercida pelo Poder Judiciário hodiernamente, em que se faz presente essa “roupagem” de modelo estatal, Gonçalves afirma que ele “assume papel de profunda relevância. Existe uma tendência dos sistemas jurídicos contemporâneos voltada para a criação de novas técnicas e garantia de efetividade a sempre novos direitos vitais”. Dizendo, ainda, que “o progresso da democracia mede-

se precisamente pela expansão dos direitos e pela sua afirmação em juízo” (Campilongo, 1994, p. 125, *apud* Gonçalves, 2013, p. 265).

O jurista Luís Roberto Barroso avança ainda mais no tema ao dissertar sobre o que hoje se denomina Neoconstitucionalismo ou Estado Constitucional, intimamente atrelado ao Estado democrático de Direito, afirmando que o final da segunda guerra mundial propiciou o:

(...) surgimento da nova hermenêutica constitucional, mudança dogmática. Acompanhada de mudança institucional com a ascensão do Poder Judiciário e a criação de tribunais constitucionais. Antes, século XIX, Estado Legislativo de Direito, após, Estado Constitucional de Direito, este identificado como Neoconstitucionalismo, constitucionalismo do pós-guerra (Barroso, 2015).

Para o autor três foram os marcos que promoveram a ascensão do Judiciário e notadamente da forma de interpretação da Lei Maior, assim expondo:

(...) como marco teórico, o conjunto de novas percepções e de novas práticas, que incluem o reconhecimento de força normativa à Constituição (inclusive, e sobretudo, aos princípios constitucionais), a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, envolvendo novas categorias, como os princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação. O termo Neoconstitucionalismo, portanto, tem um caráter descritivo de uma nova realidade. Mas conserva, também, uma dimensão normativa, isto é, há um endosso a essas transformações. Trata-se, assim, não apenas de uma forma de descrever o direito atual, mas também de desejá-lo. Um direito que deixa a sua zona de conforto tradicional, que é o da conservação de conquistas políticas relevantes, e passa a ter, também, função promocional, constituindo-se em instrumento de avanço social. Tão intenso foi o ímpeto das transformações, que tem sido necessário reavivar as virtudes da moderação e da mediania, em busca de equilíbrio entre valores tradicionais e novas concepções. Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si — com sua ordem, unidade e harmonia —, mas também um modo de olhar e interpretar todos os ramos do Direito. A constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos com base em uma ótica constitucional (Barroso, 2015).

Precisamente no Brasil é importante destacar que, após o regime militar, com a paulatina redemocratização o clamor social por justiça tornou-se ainda mais evidente, o que ensejou, de forma inevitável, a judicialização das relações sociais no país. Sobre tal assunto acertadamente aduz Barroso “No Brasil, sob a vigência da Constituição de 1988, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico especializado do governo para se tornar um verdadeiro poder político” (Barroso, 2015).

E que “(...) esse fato é potencializado pela existência, entre nós, de Constituição abrangente, que cuida de ampla variedade de temas. No fluxo desses desenvolvimentos teóricos e alterações institucionais, e em parte como consequência deles, houve importante incremento na subjetividade judicial” (Barroso, 2015, *online*, p. 28-29).

As transformações no cenário jurídico ocorridas no final do século XIX e adiante no século XX incluem, no dizer do autor, a superação do formalismo jurídico, este a demonstrar que, muitas das vezes, para solucionar um problema jurídico não basta apenas a existência da norma, pois esta não guardará a subsunção preconizada e esperada pelos juristas do pensamento clássico, mas sim que haverá a necessidade de que a solução seja produto de argumentação e interpretação do operador da lei.

Além disso, o autor aponta o advento de uma cultura pós-positivista como sendo uma transformação que afetou o pensar do mundo contemporâneo, justificando que “se a solução não está toda na norma, é preciso procura-la em outro lugar. E, assim, supera-se a separação profunda que o positivismo jurídico havia imposto entre o Direito e a Moral, entre o Direito e outros domínios do conhecimento” (Barroso, 2015, *online*, p. 29), ou seja, a interpretação jurídica passa a ser produto da interação entre o texto normativo e a realidade.

Aponta, ainda, como fenômeno de transformação ocorrido ao longo do século XX a ascensão do direito público e centralidade da Constituição, isso porque a relação particular, isto é, os protagonistas dos litígios jurídicos, contratantes e proprietários, perdem seu espaço para normas de cunho público, ocorrendo o que se denomina publicização do direito. Daí nasce a ideia de que as interpretações jurídicas, ainda que indiretamente, devem ser norteadas pela Constituição, em seus dizeres “interpreta-se a Constituição indiretamente quando se aplica o direito ordinário, porque, antes de aplicá-lo, é preciso verificar sua compatibilidade com a Constituição e, ademais, o sentido e o alcance das normas infraconstitucionais devem ser fixados à luz da Constituição” (Barroso, 2015).

Nesse diapasão, observa-se o notório destaque que o Judiciário obteve com a transição do Estado Social para o Estado Democrático de Direito e, recentemente, ao que se conhece por Neoconstitucionalismo.

Aliás, já era de se esperar que com as constantes mudanças ocorridas na sociedade contemporânea, notadamente, o surgimento de novas ideologias, o avanço tecnológico e cultural, dentre outros, àquela se apresenta de forma “complexa e plural”, sendo certo que tais mudanças necessitam que o direito as acompanhe, por isso “num mundo em que tudo se judicializa mais cedo ou mais tarde, tribunais e cortes constitucionais defrontam-se com situações para as quais não há respostas fáceis ou eticamente simples” (Barroso, 2015) o que, sendo o caso, exige do intérprete capacidade argumentativa, a fim de “demonstrar a racionalidade, a justiça e adequação constitucional da solução que construiu” (Barroso, 2015, *online*, p. 32), uma vez que dificilmente pautará sua decisão apenas no texto literal da norma, ensejando a tomada de decisões com base em juízos de valor.

Por tal razão, no mundo contemporâneo essa postura judicial por vezes chamada de discricionária ou ativista “traduz o reconhecimento de que o juiz não é apenas a boca da lei, um mero exegeta que realiza operações formais. Existe dimensão subjetiva na sua atuação (...) a que inequivocamente decorre da compreensão dos institutos jurídicos, da captação do sentimento social e do espírito de sua época”.

Vale ressaltar que, segundo Barroso, as decisões judiciais embora revestidas de juízos de valor, devem ater-se ao lastro constitucional destes, caso contrário seriam escolhas discricionárias, sendo que “Um juiz não é livre para escolher de acordo com seu estado de espírito, suas simpatias ou suas opções estratégicas na vida. Um juiz de verdade, sobretudo um juiz constitucional, tem deveres de integridade e de coerência” (Barroso, 2015).

Assim, pode-se dizer que “o modelo tradicional de separação de poderes, concebido no século XIX e que sobreviveu ao século XX, já não dá conta de justificar, em toda extensão, a estrutura e funcionamento do constitucionalismo contemporâneo” (Barroso, 2015). Em síntese, conforme nos ensina Campilongo retratando o que chamou de “metamorfoses da divisão de poderes”:

(...) no modelo de Estado Liberal, ao Legislativo era atribuída a verdadeira função de governo. Executivo e Judiciário eram Poderes coadjuvantes do protagonismo político do Legislativo (...) a atuação do juiz está limitada ao espaço conferido pelo ordenamento jurídico supostamente completo (...) na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, praticamente todos os pressupostos do modelo do equilíbrio entre os Poderes são modificados. (...) Passa-se a um modelo (social) que coloca o Executivo no vértice das funções de governo e corrói os mecanismos tradicionais de controle (2002, p. 31-38).

Campilongo sustenta que a separação entre Estado e sociedade, preconizada pelo Estado Liberal, deslocou-se ao que nomeou de cooperação, redefinindo, assim, a tradicional tripartição de Poderes. No modelo social, “O Judiciário do século XX vai se deparar com a explosão da litigiosidade (agora também coletiva, inclusive em termos de legitimidade para a ação processual) e que confere amplitude muito maior para o princípio “rebus sic stantibus”” (2002, p. 40).

Pertinente citar trecho da obra deste mesmo autor que com propriedade afirmou “no contexto do Estado liberal apontava para a litigiosidade interindividual e no Estado social acentuava a componente classista, em alguns casos, assume o perfil de um conflito constitucional” (Campilongo, 2002, p. 41). Conflito este qualificado pelo fato de que ao Judiciário atribuiu-se a competência de decidir, sem contrapoderes, sobre a constitucionalidade das leis.

De forma antagônica aos demais poderes o Judiciário “não pode deixar de decidir (...) não tem suas decisões (especialmente em temas constitucionais) controladas por nenhuma outra instância, exceto a lei” (Campilongo, 2002, p. 41).

Por fim, Campilongo afirma que “vem desse contexto a paradoxal relevância política atual do Judiciário: aparentemente sem função política, ele acaba exercendo uma ‘função política’ fundamental, qual seja, a de dar a última palavra sobre a legalidade” (2002, p. 41-42).

Diante da conjectura apresentada é que se apreciará, adiante, o comportamento do Poder Judiciário frente às demandas sociais, precipuamente, no tocante à implementação de políticas públicas voltadas à concretização das normas constitucionais programáticas, isto é, aquelas que necessitam de atuação positiva do Legislador e materialização pelo Executivo.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS E CONTROLE JUDICIAL

2.1 Políticas Públicas: conceito, elaboração e sua íntima relação com os direitos sociais oriundos de normas constitucionais programáticas

Trazendo a baila o contorno oferecido pelo modelo social de Estado em que o Poder Público passou a ser visto como Estado intervencionista e provedor, mediante prestações positivas materializadas na efetivação de políticas públicas, faz-se necessário tecer considerações sobre o que se entende pela expressão “políticas públicas”.

Nos dizeres de Lindomar Wessler Boneti: “são ações que nascem do contexto social, mas que passam pela esfera estatal como uma decisão de intervenção pública numa realidade social, quer seja para fazer investimentos ou para uma mera regulamentação administrativa” (2007, p. 74, *apud* Gonçalves, 2013, p. 178).

O fundamento das políticas públicas encontra-se amparado no reconhecimento dos direitos sociais, que somente são levados a efeito por meio de prestações positivas do Estado, o que está intimamente atrelado à ideia de “ação afirmativa”.

Esta ação, conforme dispõe o dicionário de políticas públicas, cuja organização coube a Geraldo Di Giovanni e Marco Aurélio Nogueira, é a: “designação dada à implementação de algum tipo de política que tenha como objetivo principal intervir em realidades sociais estruturalmente desiguais” (Giovanni; Nogueira (org.), 2015, p. 36).

Por guardar total pertinência com o tema aqui tratado e com a finalidade de esclarecer minimamente a definição de políticas públicas, abaixo será transcrito fragmento extraído da obra de Gonçalves.

(...) as políticas públicas são execuções das normas legais ou constitucionais, verdadeiros mecanismos de sua efetivação ou um ‘law enforcement’ (reforço para execução da lei). Não são apenas atos meramente políticos ou de governo, os chamados atos de gestão (...) na sua atuação, o Estado desempenha inúmeras atividades, prestando serviços públicos essenciais e não essenciais, de relevância pública ou não. (...) a Constituição Federal é a

base da fixação das políticas públicas, porque ao estabelecer princípios e programas normativos já fornece o caminho da atuação estatal no desenvolvimento das atividades públicas, as estradas a percorrer, obrigando o legislador infraconstitucional e o agente público ao seguimento do caminho previamente traçado ou direcionado (Santin, 2004, p. 34-35, *apud* Gonçalves, 2013, p. 179).

Considerando, portanto, que tais políticas se destinam, em resumo, à implementação e à garantia dos direitos sociais consagrados em normas constitucionais denominadas de “programáticas”, faremos breve, porém, imprescindível, análise da acepção destas.

Segundo esclarece o constitucionalista José Afonso da Silva:

As constituições contemporâneas constituem documentos jurídicos de compromisso entre o liberalismo capitalista e o intervencionismo”, sendo que o “embate entre o liberalismo, com seu conceito de democracia política, e o intervencionismo ou o socialismo repercute nos textos das constituições contemporâneas, com seus princípios de direitos econômicos e sociais (2015, p. 132-133).

Tem-se que uma constituição que traga em seu âmago normas programáticas é considerada doutrinariamente como “constituição dirigente”, sendo exemplo de destaque a nossa Constituição Cidadã de 1988, isso porque ela define fins e programas de ação futura em uma orientação social e democrática (Silva, 2015, p. 134).

Citando Pontes de Miranda, Gonçalves afirma que as regras jurídicas programáticas são “aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os Poderes Públicos. A legislação, a execução e a própria Justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função” (Silva, 2015, p. 134). Silva conceitua as normas programáticas, essencialmente, como sendo:

(...) normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado (Silva, 2015, p. 135).

De forma bastante didática Silva propõe três características básicas possíveis de serem constatadas em normas de princípio programático, dizendo:

I – são normas que têm por objeto a disciplina dos interesses econômico-sociais, tais como: realização da justiça social e existência digna; valorização do trabalho; desenvolvimento econômico, repressão ao abuso do poder econômico; assistência social, intervenção do Estado na ordem econômica, amparo à família; combate à ignorância; estímulo à cultura, à ciência e à tecnologia. II – são normas que não tiveram força suficiente para se desenvolver integralmente, sendo acolhidas, em princípio, como programa a ser realizado pelo Estado, por meio de leis ordinárias ou de outras providências. III – São normas de eficácia reduzida, não sendo operantes relativamente aos interesses que lhe constituem objeto específico e essencial, mas produzem importantes efeitos jurídicos (2015, p. 147-148).

Pois bem, diante desta análise tendo ciência de que as normas programáticas são norteadoras da escolha de políticas públicas, pode-se afirmar que:

A Constituição Federal de 1988 caracteriza-se como estatuto marcadamente voltado, tanto do ponto de vista político quanto do jurídico, para a concretização dos direitos fundamentais sociais, apontando para as políticas públicas como instrumentos de ação do Estado contemporâneo brasileiro voltados para tal finalidade (Gonçalves, 2013, p. 188).

Em relação à elaboração, que envolve o processo de escolha de políticas públicas, ato este considerado discricionário e atinente às atribuições do Poder Público, tem-se configurada sua profunda interdependência com o direito administrativo. Nesse sentido:

(...) o conhecimento dos princípios jurídicos da Administração, dos condicionamentos legais pertinentes à contratação de funcionários ou serviços, das formas de organização da administração direta e indireta, incluindo os dados materiais voltados para a gestão do interesse público, são operações diretamente ligadas ao processo de formulação das políticas públicas (...) é possível dizer que o direito administrativo interessa às políticas públicas, assim como estas interessam ao direito administrativo, numa via de mão dupla (Bucci, 2006, p. 250, *apud* Gonçalves, 2013, p. 189).

No tocante ao ato discricionário, importante mencionar o significado da expressão perante a doutrina “a discricionariedade administrativa pode ser definida como a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito” (Di Pietro, 2007, p. 67, *apud* Gonçalves, 2013, p. 227).

Segundo nos explica Gonçalves, para que uma política pública seja definida e elaborada é necessário que, se identifique os problemas que serão tratados, após, deve-se indicar as soluções e uma agenda para implementá-las, em seguida, devem ser definidos os objetivos a serem alcançados e, ao final, deve-se apontar os meios de conduzi-la (Massa-Arzabe, 2006, p.70, *apud* Gonçalves, 2013, p. 195).

Sabendo desse processo de elaboração, indaga-se: a quem compete a escolha de políticas públicas? “(...) Cada País estabelece, em sua Constituição, as competências para a definição das escolhas de políticas públicas. Nos Estados democráticos, as decisões surgem da avaliação de, pelo menos, dois Poderes, o Legislativo e o Executivo” (Dal Bosco, 2008, p. 248, *apud* Gonçalves, 2013, p. 195).

Simplificando, o Poder Executivo é o responsável direto para implementar às políticas públicas, norteado pelo objetivo de promover o bem comum. Importante ressaltar que, no Brasil adotou-se, através da Lei Maior, o princípio da participação popular na elaboração de políticas voltadas à implementação dos direitos sociais. Tendo em vista que a escolha destas está visceralmente ligada à escolhas de prioridades, é imprescindível a participação da comunidade para suas definições (Gonçalves, 2013, p. 197).

Mais que o Estado Democrático de Direito, existe no mundo contemporâneo a ideia de Sociedade Democrática de Direito

(...) circunstância que resgata a tese de que o conteúdo do conceito de democracia está baseado na soberania popular (poder emana do povo) e na participação popular, tanto na sua forma direta como indireta, configurando o que podemos chamar de princípio participativo (Leal, 2005, p. 390, *apud* Gonçalves, 2013, p. 203).

Segundo o mesmo autor “A Administração Pública, na atualidade, passou a adotar novos métodos de atuação que se fundamentam na cultura do diálogo e na oitiva das divergências sociais, seguindo a tendência de não mais se afirmar contrapor-se à atuação da sociedade” (Gonçalves, 2013, p. 199).

Certo é que, conforme entendimento de alguns doutrinadores, atualmente, a participação popular nesse processo ainda enfrenta diversas barreiras, visto que dentre as modalidades do direito de participação da sociedade, há quatro relevantes, são elas, o voto direto e secreto, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, porém apenas o voto é exercido de forma satisfatória, carecendo de estrutura para o uso das demais modalidades (Dal Bosco, 2008, p. 287 *apud* Gonçalves, 2013, p. 201).

Dentro desse contexto é relevante ponderar o papel do Legislativo que em sua atividade legiferante, quando da formulação das políticas públicas, acaba por fitar

sua atenção aos instrumentos relativos ao direito econômico e financeiro, notadamente as leis de viés orçamentário. Incumbido de dar maior efetividade às normas programáticas que preveem os direitos sociais, mormente por sua atuação positiva.

Nesse sentido:

(...) não podemos negar a profunda relevância do Poder Legislativo no âmbito da formulação das políticas públicas, sobretudo porque é na esfera do parlamento que as diversas forças sociais colocam-se em debate, apresentando, por intermédio de representantes eleitos pelo povo, seus melhores argumentos, objetivando a construção de pontes destinadas a transpor as profundas desigualdades entre os indivíduos – desigualdades estas que provocam o esgarçamento do tecido social (...) (Gonçalves, 2013, p. 206).

Assim, é com a atuação do Executivo sopesada a postura positiva do Legislativo que, uma vez definida a política pública, esta passará a ser implementada, sendo que, para sua avaliação, deve-se observar o impacto da medida, se os objetivos já preordenados estão sendo alcançados ou se algo necessitará de readaptação e, dessa forma, se promoverá “a relegitimação ou a deslegitimação da ação pública e também fornecendo elementos para o controle judicial, social ou pelos tribunais de contas” (Massa-Arzabe, 2006, p. 70-71, *apud* Gonçalves, 2013, p. 206).

2.2 A teoria da reserva do possível como óbice à implementação de políticas públicas

Pelas considerações acima apresentadas, percebe-se que a implementação de direitos sociais, como o são os direitos à saúde, à educação, à segurança, à previdência social e outros, demandam prestações, por vezes, demasiadamente custosas para o Estado.

Amparado sob tal premissa, vem à tona os pronunciamentos voltados à insuficiência de recursos financeiros capazes de cobrir os custos das prestações positivas estatais no âmbito das políticas públicas. E, por esta razão, no início da década de 1970, o constitucionalista alemão Peter Häberle criou a teoria da reserva das caixas financeiras, cuja concepção se fundamenta no sentido de que:

(...) os direitos econômicos, sociais e culturais estão sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, se e na medida em que eles consistirem em direitos a prestações financiadas pelos cofres públicos. Na mesma altura, um outro juspublicista alemão, W. Martens, reforçava esta ideia através de expressões plásticas que hoje são saturadamente repetidas nos manuais: os direitos subjetivos públicos suscetíveis de realização só podem ser garantidos

no âmbito do possível e do adequado, e já por este motivo eles são desprovidos de estado jurídico- constitucional. (Canotilho, 2004, p. 107, *apud* Gonçalves, 2013, p. 216).

A chamada teoria da reserva do possível “parte do pressuposto de que as prestações estatais estão sujeitas a limites materiais ingênitos, oriundos da escassez de recursos financeiros pelo Poder Público. Logo, a ampliação da rede de proteção social dependeria da existência de disponibilidade orçamentária para tanto” (Nunes Júnior, 2009, p. 172, *apud* Gonçalves, 2013, p. 218).

Com arrimo neste entendimento, ante as demandas sociais pela implementação dos direitos, o Poder Público pautado na ideia de “reserva do possível”, a impõe como óbice ao atendimento dos anseios da sociedade. Sendo que também é correto asseverar que a Administração Pública, devido à escassez de recursos orçamentários ou mesmo sua má administração, faz com que referido atendimento seja deficitário e, por vezes, insuficiente, o que enseja uma maior preocupação do administrador público para que mantenha o equilíbrio, ao menos, fornecendo o chamo mínimo existencial. Neste esteio:

A reserva do possível vem à tona num ambiente no qual funciona como argumento frequente em processos judiciais envolvendo a cobrança, por cidadãos, de prestações relacionadas à eficácia dos direitos fundamentais sociais, acompanhada da tentativa de se encontrar um ponto de equilíbrio entre as prestações sociais e as reservas orçamentárias” (Breus, 2007, p. 233-234, *apud* Gonçalves, 2013, p. 216).

É necessário ressaltar que, conquanto exista o *déficit* na atuação do Poder Público, conforme será analisado adiante:

A mera previsão constitucional de um determinado direito não cria, por si só, as condições socioeconômicas para implementá-lo. Por isso, entende-se que “a aplicabilidade e a interpretação da norma constitucional devem ser regidas pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a que sejam evitadas conclusões inviáveis (Gonçalves, 2013, p. 218).

A Constituição Federal, ainda que composta por normas programáticas e, por assim dizer, seja dotada de caráter dirigente, não pode prever metas inalcançáveis e, por isso, no momento em que as prestações estatais são cobradas pelo povo, é necessário ater-se ao limite orçamentário, notadamente, como já foi visto, no momento da elaboração das políticas públicas, a respectiva previsão na Lei de Diretrizes

Orçamentárias, a qual ampara toda atuação da Administração Pública. Todavia, importante destacar que a teoria da reserva do possível:

(...) não pode ser utilizada como argumento para se afastar pura e simplesmente qualquer eficácia das normas constitucionais que consubstanciam os direitos sociais, valendo observar que tais normas possuem eficácia para gerar a responsabilidade do Estado pela implementação de políticas públicas que concretizem os direitos fundamentais de segunda dimensão. (Port, 2005, p. 105-106, *apud* Gonçalves, 2013, p. 218).

Considerando a impossibilidade de aplicação da “reserva do possível” de forma discricionária, Gonçalves citando Nunes Junior afirma que tal teoria pode ser aplicada se preenchidas algumas condições, são elas, “primeira, a de que o mínimo vital esteja satisfeito (acesso à saúde, educação básica, etc.); segunda, a de que o Estado Comprove gestões significativas para a realização do direito social reclamado; terceira, a avaliação de razoabilidade da demanda” (Nunes Júnior, 2009, p. 175, *apud* Gonçalves, 2013, p. 221). Continua o autor transcrevendo oportuno fragmento:

A teoria da reserva do possível não foi concebida para mitigar obrigações mínimas do Estado para com obrigações sociais essenciais, que, caudatárias da dignidade humana, não encontram possibilidade de restrição válidas. Com efeito, em nenhum momento pensa-se na reserva do possível como instrumento de limitação do direito de acesso à assistência à saúde ou à educação básica, mas sim como instrumento conformador de demandas sociais, que, embora inerentes ao bem-estar social e necessárias à realização da personalidade, não se situam nesse limiar mínimo (...) (Nunes Júnior, 2009, p. 176 *apud* Gonçalves, 2013, p. 221).

Ainda dissertando sobre possíveis requisitos para aplicação da “reserva do possível”, convém mencionar o entendimento manifestado pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello que da análise da ADPF 45 MC afirmou:

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da ‘reserva do possível’, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. (STF: ADPF 45 MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29/04/2004, p. 5).

Retomando a citada má administração dos recursos públicos orçamentários, quando se fala em reserva do possível é necessária a análise quanto a alocação adequada destes, considerando o comprometimento da sociedade aliada às normas constitucionais para fazer valer os direitos fundamentais.

Assim, “temos que a Constituição Federal de 1988 traz em seu texto normas que estabelecem obrigações claras e inequívocas em torno da destinação dos recursos auferidos pelo Estado no que tange à implementação de políticas públicas destinadas à concretização dos direitos fundamentais” (Gonçalves, 2013, p. 224), especialmente, podem ser citados os artigos 195, 204 e 212 que tratam do financiamento da seguridade social e do mínimo que a União e os demais entes federados devem investir na seara educacional.

Desse modo, considerando ser inegável a escassez de recursos públicos para a concretização a contento dos direitos fundamentais sociais tão caros para a sociedade, deve o administrador público estabelecer prioridades com fundamento nos ditames constitucionais.

Considerando o que estabelece a doutrina da reserva do possível, a definição do que é “possível” não deve ser algo a ser resolvido com base única e exclusiva na esfera de discricionariedade do administrador público; além disso este deverá vincular suas opções ao que o texto constitucional estabelece, sobretudo no que tange à implementação dos direitos sociais” (Gonçalves, 2013, p. 226).

Com alicerce no que foi explicitado e sustentado, no momento em que o Estado como demandado de prestações positivas passa a falhar em seu fornecimento ou mesmo baseado em atos discricionários, age erroneamente, violando ou colocando em risco os direitos inerentes aos que a ele se dirigem, tem-se instituído o cenário para atuação e controle do Judiciário que diante dessa violação não tem reconhecido a teoria como argumento satisfatório para afastar a atuação estatal.

2.3 Manifestação positiva do Poder Judiciário no cumprimento dos preceitos constitucionais relativos à efetivação dos direitos sociais

Considerando o panorama traçado e tendo como notória a missão do Estado em promover o bem de todos, sem qualquer distinção, e assegurando a dignidade humana, conforme ditames constitucionais (arts. 1º e 3º da CF/88), uma vez não satisfeitas essas exigências, se faz necessário o intervencionismo Judiciário.

É preciso reconhecer que o direito e seus operadores possuem como missão primeira e fundamental a implementação das garantias fundamentais do

indivíduo, assegurando a este a possibilidade de viver dignamente, tendo respeitadas suas necessidades, para que a sociedade caminhe rumo ao desenvolvimento (...) o sistema judicial, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, vem presenciando a expansão tanto dos direitos sociais quanto de um padrão descentralizado de intervenção pública na área social, envolvendo, inclusive, significativas mudanças na estrutura tributária e nas atribuições do Estado. Tais alterações, no entanto, por vezes não conseguem ser implementadas por falta de leis complementares e/ou por uma forma extremamente formal da administração da justiça, a ponto de não se preocupar com a solução dos litígios de modo a um só tempo legal, eficaz e legítimo (Faria, 1994, p. 48, *apud* Gonçalves, 2013, p. 250-251).

Assim, observando o atual papel exercido pelo Poder Judiciário a fim de reafirmar sua legitimidade em sede de concretização dos direitos fundamentais. Afirma-se que:

O protagonismo dos tribunais nos tempos mais recentes, sem favorecer necessariamente agendas ou forças políticas conservadoras ou progressistas, tal como elas se apresentam no campo político, fundamenta-se num entendimento mais amplo e mais profundo do controle da legalidade, que inclui, por vezes, a reconstitucionalização do direito ordinário como meio de fundamentar um garantismo mais ousado dos direitos dos cidadãos (Gonçalves, 2013, p. 252).

A doutrina ao se referir à recente atuação do Judiciário aponta para um fenômeno chamado de “judicialização da política”, explicando, “na matriz do Estado moderno o Judiciário é um poder político, titular de soberania, a verdade é que ele só se assume publicamente como poder político na medida em que interfere no âmbito de outros Poderes” (Ramos *et al*, 2009, *apud* Gonçalves, 2013, p. 253).

Observa-se, ainda, que os magistrados são chamados a dirimir conflitos de natureza social, o que se elevou após a redemocratização no Brasil, cujo momento foi marcado pelo clamor da sociedade por justiça, fato este que Gonçalves intitulou como sendo a “fome de direitos”, que “(...) não só aumentou enormemente a massa de leis, mas também, e cada vez mais, a carga de trabalho dos tribunais” (Gonçalves, 2013, p. 254).

Certo é que segundo ensina Barroso, com o final da Segunda Grande Guerra e ascendência do já estudado Estado Social “(...) o mundo deu-se conta de que a existência de um Poder Judiciário independente e forte é um importante fator de preservação das instituições democráticas e dos direitos fundamentais”. (Barroso, 2015).

Diante deste contexto, é correto afirmar que gradativamente ocorreu, e ainda ocorre, uma ampliação dos poderes conferidos aos magistrados, no entanto, há limites para sua intervenção, vez que “na constatação de que respostas positivas a demandas cada vez mais exigentes possuem a tendência de constranger os demandados à impossibilidade de cumprimento das sentenças, circunstância que ofende a racionalidade do Direito”. (Campilongo, 1994, p. 121, *apud* Gonçalves, 2013, p. 255).

Indaga-se, portanto, se as políticas públicas, notadamente seu direcionamento e escolha, seriam passíveis de análise sob o crivo judicial, especialmente se considerarmos que a implementação dos direitos sociais vinculam uma atuação positiva dos Poderes Executivo e Legislativo, de modo que eventualmente poderiam ser compelidos, por ordem judicial, a fazer valer as normas constitucionais. Nesse ponto cabível a assertiva de que:

O controle jurisdicional das políticas públicas acarretará, em última análise, a definição do conteúdo, da extensão e do momento de implantação de um programa público que implique a inversão de recursos estatais, do que resulta um controle que pode anteceder ou suceder a prática de atos administrativos concretos (Appio, 2006, p. 110, *apud* Gonçalves, 2013, p. 269).

Por óbvio o Judiciário não pode ser o único responsável por idealizar as políticas públicas, isso porque quando da análise de processos judiciais os magistrados não detém o conhecimento amplo da realidade orçamentária de determinada localidade, sendo indiscutível sua limitação em relação à visão global das receitas e despesas públicas.

Em que pese a restrição apontada, “é preciso destacar que, se o Poder Judiciário não pode formular e executar políticas públicas, é capaz, contudo, de controlá-las sob o prisma constitucional, sobretudo em relação ao núcleo dos direitos fundamentais” (Gonçalves, 2013, p. 270). Além disso, afirma-se com precisão que “alguns direitos fundamentais sociais podem ser reivindicados em juízo, sem que isso afronte qualquer estrutura de competência constitucional ou cerceie os pilares da democracia pluralista” (Gonçalves, 2006, p. 216-217, *apud* Gonçalves, 2013, p. 270).

Nesse sentido Campilongo assevera que se não fosse a atuação positiva do Judiciário, como garantidor de demandas sociais, a própria democracia correria sérios

riscos, dizendo “essa é a função política do Judiciário: promover o acoplamento estrutural entre a política e o direito por intermédio da aplicação da Constituição” (2002, p. 108).

A doutrina afirma que em sede de políticas públicas o Judiciário deve intervir em duas situações, quando estas se fazem ausentes ou quando se mostram insuficientes. Considerando que os direitos sociais estão previsto na Constituição, a falta de sua efetivação por parte do Poder Público configura omissão, podendo, assim, ser controlada judicialmente (Gonçalves, 2013, p. 280).

A omissão no tocante à implementação das políticas públicas que asseguram o gozo dos direitos sociais não pode ser discricionária “(...) o que se constata é uma arbitrariedade que pode e precisa ser corrigida, valendo lembrar que a Constituição prevê, de forma taxativa, que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’ (art. 5º, XXXV)” (Gonçalves, 2013, p. 281).

Ademais, quanto à possibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas pertinente mencionar que em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 45, O Supremo Tribunal Federal asseverou ser factível sejam elas alvo do controle judicial. Nesse sentido, tem-se um fragmento do acórdão:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, (...) – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhe haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Ressalta-se também que o entendimento exarado pela Suprema Corte encontra apoio nos ensinamentos doutrinários que corroboram a necessidade de intervenção judicial para cumprimento dos preceitos constitucionais, assim:

(...) parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da separação dos Poderes em relação ao controle de gastos públicos e da

prestação dos serviços básicos no Estado social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostram incapazes de garantir um cumprimento racional dos preceitos constitucionais. A eficácia dos direitos fundamentais sociais a prestações materiais depende naturalmente dos recursos públicos disponíveis; normalmente há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos (...) é de se ressaltar que ‘a consolidação dos direitos sociais e sua consequente implementação precisa estar vinculada a uma visão sociológica e política do Judiciário, assim como a uma visão jurídica da política’ (Krell, 2002, p. 22-23, *apud* Gonçalves, 2013, p. 279).

Gonçalves aponta alguns dos instrumentos que podem ser utilizados para que o Judiciário gerencie às políticas públicas, de modo a assegurar sua efetividades, são eles, ação civil públicas, ação de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção, os quais coagem o Poder Público a prestar adequadamente os serviços básicos a fim de garantir o mínimo existencial a população. O autor aduz que:

Tal circunstância revela a necessidade de que o Poder Judiciário assumira posição diferenciada no que diz respeito à implementação das políticas sociais e também no que tange ao controle da qualidade dos serviços públicos, ‘com ênfase no novo papel – também político- dos juízes como criadores ativos das condições sociais na comunidade que já não combina mais com as regras tradicionais do formalismo (Krell, 2002, p. 59-60, *apud* Gonçalves, 2013, p. 290).

Considerando, assim, a necessidade do Judiciário intervir positivamente na atuação dos demais poderes visando a promoção do bem estar social, muitos doutrinadores passaram a discutir os limites de tal intervenção, de modo a preservar a separação dos poderes, sendo que alguns sustentam a existência de um fenômeno chamado de ativismo judicial, o qual será objeto de análise detalhada no próximo capítulo. Nesse sentido, conveniente expor a abordagem feita por Frank Michelman:

Na constitucionalização de direitos sociais, usualmente o Judiciário é forçado a uma infeliz escolha entre a usurpação e a abdicação, opção da qual não se consegue fugir sem embaraço ou descrédito. De um lado, é dito, está a escolha judicial em emitir ordens positivas, numa pretensiosa, inexperiente e provavelmente vã, mas apesar disso, ressentida tentativa de rearranjo do gerenciamento das mais básicas prioridades em termos de recurso públicos contra a vontade política dominante. De outro lado, encontra-se a escolha judicial que pode depreciar perigosamente toda a eficácia dos direitos e dos princípios do Estado de Direito cedendo aos Poderes Executivo e Legislativo um incontrolável privilégio no que diz com a negação do direito constitucionalmente declarado (2005, p. 135, *apud* Gonçalves, 2013, p. 270).

3. NOÇÕES SOBRE O CHAMADO ATIVISMO JUDICIAL

3.1 Definição de ativismo judicial e sua correlação com a criatividade do intérprete do direito

É sabido que no ordenamento jurídico vigora o princípio da inafastabilidade da jurisdição, enraizado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, XXXV, o qual estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Dessa forma, veda-se o chamado Juízo *non liquet* que, em síntese, seria a possibilidade de, perante uma causa, o julgador deixar de decidir quando constatasse lacuna normativa.

O mesmo preceito, também, foi estabelecido no Código de Processo Civil em seu artigo 140 que afirma “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”, o qual deve ser lido em conjunto com o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que estabelece “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

Tais mandamentos demonstram a preocupação do legislador em estabelecer diretrizes e, com ressalvas, certa discricionariedade no exercício da atividade jurisdicional para que aqueles que demandam a tutela do judiciário possam ter suas pretensões satisfeitas. Assim, diante de eventual omissão legislativa ou ausência de atos necessários por parte do Executivo, o Judiciário deve agir e é neste ponto que reside o chamado ativismo judicial.

Para Ramos, inicialmente, o ativismo judicial pode ser conceituado como “uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente da função legislativa” (Ramos, 2015, p. 109), sendo certo para o autor que essa postura ativista pode ser encontrada tanto nos países que adotam o sistema de *common law*, em que a jurisprudência passa a ser o principal meio de embasar decisões judiciais, bem como o sistema *civil law*, que é o caso brasileiro, marcado pela submissão à lei como fonte principal do direito.

Em relação à expressão ativismo judicial, o fenômeno se reporta:

(...) à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento (...), também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo, (...) trata-se da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes (Ramos, 2015, p. 119).

Essencialmente a função típica do Judiciário é o exercício da jurisdição, o qual nas palavras de Ramos “expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo” (2015, p. 119). Asseverou que:

Ao criar a jurisdição no quadro de suas instituições, visou o Estado a garantir que as normas de direito substancial contidas no ordenamento jurídico efetivamente conduzam aos resultados enunciados, ou seja: que se obtenham, na experiência concreta, aqueles preciosos resultados práticos que o direito material preconiza (Ramos, 2015, p. 119).

Quando no exercício da jurisdição, os magistrados possuem certa discricionariedade que, segundo o jurista alemão Karl Larenz pressupõe uma gradação que envolve “desde a subsunção simples (lógica) até o juízo de valor estritamente pessoal do juiz que decide (...) haverá liberdade mínima se o texto normativo for vazado de modo preciso e objetivo e máxima se a solução da espécie demandar a integração de lacunas” (Larenz, 1969, 333 *apud* Ramos, 2015, p. 126).

Nos casos submetido à análise judicial que envolvam a aplicação de normas com conceitos indeterminados ou a escolha dentre soluções que, embora discrepantes, possuam fundamento legal, a discricionariedade judicial, de forma diversa de como ocorre com as vertentes legislativa e administrativa que se pautam em critérios de conveniência e oportunidade, deve se pautar na perspectiva do próprio julgador de qual solução apresenta-se mais justa ao caso em concreto (Ramos, 2015, p. 128).

Ramos tecendo considerações quanto à discricionariedade no âmbito dos Poderes da República aduz que:

A discricionariedade legislativa decorre da inexistência de parâmetros normativos ou de sua flexibilidade; a administrativa está relacionada, igualmente, à abertura textual, mas ao deferimento explícito de mais de uma possibilidade de conduta diante da espécie fática; por último, a discricionariedade judicial cobre, de um modo muito mais amplo do que em sede legislativa ou administrativa, todo o campo da criatividade na interpretação. Há, portanto, apenas no que tange à jurisdição, uma relação íntima entre a discricionariedade e interpretação (Ramos, 2015, p. 130).

Certo é que, no exercício da atividade jurisdicional essa discricionariedade que os órgãos julgadores possuem não se submete análise de outro órgão, tal como ocorre com os demais poderes que se subordinam à apreciação de legalidade pelo Judiciário, entretantes, é também correto dizer que mesmo sem o controle externo de seus atos, o Judiciário não pode fazer tudo o que quer. Por isso, justifica-se “a importância de construções doutrinárias que permitam indicar os limites normativos da discricionariedade judicial” (Ramos, 2015, p. 131).

Em estudo minucioso quanto à atividade judicial Campilongo traz em sua obra *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, as reflexões de Carlo Guarnieri que com duas variáveis, quais sejam, a criatividade jurisprudencial e a autonomia política, traçou quatro modelos típicos de juiz. Tal estudo também contou com a consideração de Zaffaroni, para quem, ao Judiciário são atribuídas três funções: decisão de conflitos, controle constitucional e autogoverno, este caracterizado pela independência da magistratura no processo decisório.

Cabe mencionar, em breve síntese, o conceito dos referidos modelos típicos de juiz, são eles: 1) o juiz-executor, o qual executa passivamente a vontade legal, possuindo baixa autonomia política e criatividade, este atrelado ao Estado liberal; 2) o juiz – delegado, o qual possui baixa independência política, porém alta criatividade, esta colocada à disposição de quem delega estes poderes.; 3) o juiz –guardião a quem atribuída à função de controlar a constitucionalidade das leis, tendo como objetivo a proteção da própria Constituição, documento no qual também encontra os limites de sua atuação; Por fim, sustenta a existência do juiz-político que entende que o sentido do direito se origina de diversas instâncias de poder, sendo a ele conferido alto grau de autonomia política e criatividade.

No tocante a este último modelo de juiz, o denominado “juiz político”, e notadamente o exercício de sua função política, Campilongo afirma que:

O juiz deve, necessariamente, decidir e fundamentar sua decisão em conformidade com o direito vigente; mas deve, igualmente, interpretar, construir, formular novas regras, acomodar a legislação em face das influências do sistema político. Nesse sentido, sem romper com a clausura operativa do sistema (imparcialidade, legalismo e papel constitucional preciso) a magistratura e o sistema jurídico são cognitivamente abertos aos sistema político (2002, p. 61).

Campilongo defende que “a maior ou menor independência do juiz emerge do contexto histórico e nunca pode ser entendida como ‘independência absoluta’ do magistrado contra o sistema” (2002, p. 47), porém constitui elemento fundamental da democracia. Aliado à independência, reside à criatividade do julgador que ao se deparar com uma norma vaga e ambígua que oferece a possibilidade de inúmeras interpretações deve “não apenas declarar o direito existente como também criar direito novo. Declarar o direito e criar direito não são funções contraditórias, mas sim complementares” (Campilongo, 2002, p.47).

Afirma que, por diversas vezes, o juiz necessita fazer escolhas de cunho político, sendo que a criatividade que advém destas deve ser exercida no que denominou de legitimidade legal racional, dizendo que “a determinação de uma linha política por parte do juiz – desde que em conformidade com os valores fundamentais positivados pelo ordenamento- não significa, necessariamente, um comportamento antidemocrático, contrário à divisão de poderes ou ofensivo ao Estado de Direito” (Campilongo, 2002, p. 48-49). Com base ainda neste entendimento pode-se afirmar que atualmente:

As decisões judiciais são, como já foi visto, necessariamente criativas e inovadoras, não apenas porque geram a denominada norma de decisão, mas, principalmente, porque esta não se limita a reproduzir o que está nos textos paramétricos, os quais são desdobrados, adaptados e, porque não dizer, enriquecidos para poderem disciplinar adequadamente a situação fática que provocou a atuação da jurisdição (Ramos, 2015, p. 122).

Assim, observa-se que diante dos litígios que chegam à apreciação do Judiciário é necessário que o intérprete da lei, isto é, o próprio julgador, fite seus olhos em nosso ordenamento jurídico, ainda que com lacunas, para que dele possa extrair a decisão mais justa. Para alcançar este objetivo, o intérprete utiliza-se da intitulada discricionariedade judicial, muitas vezes ocasionando um novo direito, pautado na criatividade judicial quando da interpretação da norma e notadamente da ordem constitucional. Nesse entendimento, Miguel Reale nos chama atenção, dizendo:

Não nos atemoriza, em mais um oportunidade, afirmar que a verdade está no meio-termo, na conciliação dos extremos, devendo o juiz ser considerado livre, não perante a lei e os fatos, mas sim dentro da lei, em razão dos fatos e dos fins que dão origem ao processo normativo, segundo a advertência de Radbruch de que a interpretação jurídica, visando o sentido objetivamente válido de um preceito, ‘não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas , pelo contrário, um saber pensar até o fim aquilo que

já começou a ser pensado por outro’, observação que deve ser complementada com a de que a interpretação de uma norma envolve o sentido de todo o ordenamento a que pertence (1975, p. 387 *apud* Ramos, 2015, p. 140).

Levando em consideração as possíveis vertentes do ativismo judicial, pertinente apontar a classificação de Willian Marshall, em seu artigo “*Conservatives and the seven sins of judicial activism*”, que estabeleceu sete modalidades de ativismo judicial, expostos no artigo “*Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil*”, publicado pela Estação Científica (Ed. Especial Direito, 2009), são eles, *in verbis*:

1) ativismo contra-majoritário: marcado pela relutância em relação às decisões dos poderes diretamente eleitos.

2) ativismo não-originalista: caracterizado pelo não reconhecimento de qualquer originalismo na interpretação judicial, sendo as concepções mais estritas do texto legal e as considerações sobre a intenção do legislador completamente abandonadas.

3) ativismo de precedentes: o qual consiste na rejeição aos precedentes anteriormente estabelecidos.

4) ativismo formal (ou jurisdicional): marcado pela resistência das cortes em aceitar os limites legalmente estabelecidos para sua atuação.

5) ativismo material (ou criativo): resultante da criação de novos direitos e teorias na doutrina constitucional.

6) ativismo remediador: marcado pelo uso do poder judicial para impor atuações positivas dos outros poderes governamentais ou controla-las como etapa de um corretivo judicialmente imposto.

7) ativismo partisan: o qual consiste no uso do poder judicial para atingir objetivos específicos de um determinado partido ou segmento social.

O norte-americano Cass Sustein ao dissertar sobre o ativismo judicial afirmou que ele “será medido pela frequência com que um determinado magistrado ou tribunal invalida as ações (normas e atos normativos) de outros poderes de Estado,

especialmente do Poder Legislativo”, aduzindo, ainda, que a análise de decisões ativistas passará pela seguinte indagação: “com que frequência os tribunais retiram a decisão das mãos dos eleitores” (Sustein, 2005, p. 43 *apud* Vieira, 2009).

Tal pensamento se justifica se considerarmos que os poderes legitimamente eleitos são apenas o Legislativo e o Executivo que atuam com os poderes que o povo lhes concedeu. Por sua vez, na escolha dos membros do Judiciário não há participação popular, uma vez que são investidos nos cargos através de aprovação em certame público, o que significa que não possui, ainda que formalmente, o mister de representar a vontade da maioria.

Por esta razão é que doutrina defende a atuação contramajoritária do Judiciário e, em especial, da Suprema Corte, como afirmou Barroso ao mencionar a atuação do Supremo Tribunal Federal:

O Supremo Tribunal Federal, como as cortes constitucionais em geral, exerce o controle de constitucionalidade dos atos normativos, inclusive os emanados do Poder Legislativo e da chefia do Poder Executivo. No desempenho de tal atribuição, pode invalidar atos do Congresso Nacional — composto por representantes eleitos pelo povo brasileiro — e do Presidente da República, eleito com mais de meia centena de milhões de votos. Vale dizer: onze Ministros do STF (na verdade seis, pois basta a maioria absoluta), que jamais receberam um voto popular, podem sobrepor a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática. A essa circunstância, que gera uma aparente incongruência no âmbito de um Estado democrático, a teoria constitucional deu o apelido de “dificuldade contramajoritária” (...) A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política³⁸, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. (Barroso, 2015).

Defende, ainda, que “a maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o status de sentinela contra o risco da tirania das maiorias” (Barroso, 2015).

Essa quebra de paradigmas quanto ao intervencionismo judicial nas demais esferas de poderes estatais foi denominada pela doutrina como juristocracia que é “a progressiva transferência de poderes decisórios das instituições

representativas para o Judiciário” (Hirschl, 2004 *apud* Vieira, 2009). Nesse sentido o então Ministro do STF Gilmar Mendes na ADI n. 1351-DF entendeu que:

(...) é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie a mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais européias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causam entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

Eduardo Appio analisando a postura ativista no exercício da jurisdição sustenta que, em que pese à inexistência de parâmetros constitucionais bem definidos de limitação da atuação judicial, o ativismo deve encontrar freios através de dois vetores:

(1) solucionar casos para os quais não exista uma regra legislada pelo Parlamento (ditos ‘casos difíceis’); e (2) que nestes casos, a interpretação judicial da Constituição se dê com a estrita finalidade de assegurar que o Estado trate todos com igual consideração e respeito, por razões de princípio e tutela dos direitos individuais (Appio, 2013).

Por sua vez, Farias apreciando as origens do ativismo judicial que sofreu forte influência americana afirmou que:

(...) associa-se à ideia de mutação normativa e social pela via de solução de casos concretos pelo Judiciário, bem como pela intensa atividade do Poder Judiciário em casos que podem ser taxados como duvidosos ou puramente políticos, pautado pelo forte protagonismo do magistrado no processo, indo além das suas ditas funções (Farias, 2017).

Após essa sintética explanação quanto à definição de ativismo judicial e tendo o conhecimento de que sua prática seja passível de críticas, as quais se tornam cada vez mais constantes em sede doutrinária, pode-se vislumbrar o inegável dever do Judiciário em apreciar as demandas e fornecer a tutela jurisdicional efetiva, ainda que para isso seja necessário adentrar nos liames do ativismo, devendo ser tal situação encarada, *a priori*, como uma atuação por vezes indispensável quando ocorre omissão ou inércia do legislador, às vezes não se podendo esperar por uma posição legislativa para dar a solução ao caso submetido à jurisdição, bem como ante a eventual falha quando das prestações estatais no âmbito do Executivo (Farias, 2017), estes assuntos serão abordados com mais vagar nos próximos tópicos.

3.2 A indispensável diferenciação de ativismo judicial e judicialização da política

Muito se discute sobre a relação do direito com a política e, por isso, o estudo e, especialmente, a diferenciação dos termos “ativismo judicial” em relação à afamada “judicialização da política” é imprescindível para este trabalho.

Luis Roberto Barroso ao relacionar o direito e a política, sustentou a existência de uma autonomia relativa do direito, dizendo que este possui uma “dupla-face” de simultaneamente ser e não ser política, assim:

O Direito não é política, porque não se pode submeter ‘a noção do que é correto e justo à vontade de quem detém o poder’. Entretanto, o direito é política, na medida em que: (i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; (iii) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula (Barroso, 2011, *apud* Streck; Tassinari; Lepper, 2015).

Dentro dessa concepção o autor sustenta que o ativismo se configura com 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, sendo possível delimitar três condutas que o caracterizaria, são elas: aplicação direta da Constituição (mesmo diante da inexistência de disposição legislativa), declaração de inconstitucionalidade (com base em critérios menos rígidos) e imposição de condutas ao Poder Público (Barroso, 2011, *apud* Streck; Tassinari; Lepper, 2015)..

Por sua vez, a judicialização da política em seu entender configura uma questão social que surgiu com a modificação do papel e importância do Judiciário na passagem do Estado Social para o Estado Democrático de Direito, que trouxe consigo o protagonismo judicial diante de demandas complexas, notadamente pela ausência de proatividade por parte do Executivo. Porém, o autor aduz que a judicialização envolve o agir de todos os poderes e não apenas a ação judicial, conforme nos explica o fragmento abaixo:

A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do

Estado em implementá-los e culminam no aumento da litigiosidade — característica da sociedade de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos (Barroso, 2011, *apud* Streck; Tassinari; Lepper, 2015).

Outros doutrinadores apontam que o sistema constitucional de 1988 impulsionou a judicialização da política ao prever um conjunto amplo de direito e garantias fundamentais e fortalecer instituições como o Ministério Público e o próprio Judiciário (Vieira, 2009). Barroso também compartilha deste entendimento ao dizer que “a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte” (Barroso, 2012, P. 13-14, *apud*, Medeiros; Nelson, 2013).

Os autores Tate e Vallinder conceituaram a judicialização da seguinte forma: “quando falamos de uma expansão global do poder judicial, referimo-nos a infusão de um processo decisório judicial e de procedimentos típicos das Cortes em uma arena política em que os mesmos não foram previamente inseridos” (Tate; Vallinder, 1997, p. 13 *apud* Vieira, 2009). Para Vallinder há dois processos que envolve este fenômeno:

(...) a judicialização da política pode significar normalmente ou: 1) a expansão da jurisdição das Cortes e dos juízes ao âmbito dos políticos e/ou administradores, que é a transferência dos direitos de tomada de decisão advindos da legislatura, dos Ministérios, ou do serviço civil das Cortes ou, ao menos, 2) a propagação dos métodos judiciais de tomada de decisão para além da jurisdição apropriada (Tate; Vallinder, 1997, p. 13 *apud* Vieira, 2009).

Ernani de Carvalho visando justificar o protagonismo judicial que vem dando ensejo a chamada judicialização da política elencou seis condições que com isso colaboraram, dentre elas, está a existência de um sistema político democrático, a separação dos poderes, o exercício de direitos políticos, o uso dos tribunais pelos grupos de interesse, o uso deste também pela oposição e a inefetividade das instituições majoritárias (2004, *apud*, Vieira, 2009).

Medeiros e Nelson nos explicam que com a necessidade de proteção dos direitos fundamentais e da vontade constitucional, o Poder Judiciário passou a dirimir conflitos de essência política, que caíram no esquecimento dos demais poderes (Medeiros; Nelson, 2013).

Os mesmos autores consideram a judicialização da política produto da interação entre o ativismo e a própria democracia, justificando tal posicionamento nas mais recentes alterações sociais que deram margem à atuação mais incisiva do Judiciário, sendo que a elas o direito não pode permanecer estante.

Esse processo de ampliação da ação judicial pode ser analisado à luz as mais diversas perspectivas: o fenômeno da normatização de direitos, especialmente em face de sua natureza coletiva e difusa; as transições pós-autoritárias e a edição de Constituições democráticas – seja em países europeus ou latino-americanos e a conseqüentemente preocupação com o reforço das instituições de garantia do Estado de Direito, dentre elas a Magistratura e o Ministério Público; as diversas investigações voltadas para a elucidação dos casos de corrupção a envolver a classe política, fenômeno já descrito como ‘criminalização da responsabilidade política’; as discussões sobre a instituição de algum tipo de Poder Judicial internacional ou transnacional, a exemplo do Tribunal Penal Internacional ; e finalmente, a emergência de discursos acadêmicos e doutrinários, vinculados à cultura jurídica, que defendem uma relação de compromisso entre Poder Judiciário e soberania popular. (...) Com efeito, seja nos países centrais, seja nos países periféricos, na origem da expansão do Poder dos Tribunais, percebe-se uma mobilização política da sociedade (Cittadino, *apud*, Medeiros; Nelson, 2013).

Nesse mesmo sentido afirma-se que não pode o Judiciário se eximir de julgar casos de direitos em que é chamado a decidir, por isso, a judicialização da política faz parte do “rearranjo institucional que a democracia exige para que os direitos sejam respeitados”. Todavia, em que pese a necessidade de prolação de decisão, não podem os magistrados e os Tribunais substituírem “a arena pública de deliberação e formação da vontade pública institucionalizada” (Sá; Bonfim, 2015).

Isso é o que preleciona Oliveira, Bahia e Nunes: “Casos urgentes podem (e devem) receber “proteção” do Judiciário, mas haverá uma confusão entre “questões de princípio” e “questões de política” se a arena representativa for relegada a segundo plano e o Judiciário transformado em promotor de políticas públicas” (2013, p. 63, *apud* Sá; Bonfim, 2015).

Igualmente, a doutrina também nos orienta no sentido de que os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política encontram amparo na chamada “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”, que já foi implicitamente comentada no decorrer deste trabalho, e consiste, essencialmente, na ausência de cumprimento das promessas constitucionais pelo Estado, o que enseja a atuação judicial como garantia de eficácia legal.

Isso ocorre porque o “constitucionalismo contemporâneo, ou Neoconstitucionalismo, caracterizado por cartas constitucionais dirigentes, analíticas e extensas preocupa-se em garantir a plena eficácia de suas normas para a concretização de direitos fundamentais” (Duarte; Costa, 2015). Amparado nessa função é que se entende que o intérprete da norma visa dar a ela a máxima efetividade, interpretando as normas infraconstitucionais de acordo com o norte estabelecido pela Constituição. Neste ponto é que reside a controvérsia quanto o ativismo e a judicialização, lembrando que, como supracitado, são expressões díspares.

Duarte, de maneira simplória, ensina que quando o indivíduo procura a efetividade de direitos discutidos na seara política, estar-se-ia judicializando a política. Por outro lado, se o Judiciário passa a exercer uma postura de interpretação proativa, adentrando as competências originárias dos demais poderes, com a finalidade de suprir omissões inconstitucionais, estaríamos diante do chamado ativismo judicial.

Apontando, ademais, que “dizer que o Judiciário está decidindo uma questão política não é, necessariamente, chamá-lo de ativista. O modo como desempenhará sua função no caso sub judice é que definirá a amplitude de sua conduta, sendo ela condizente ou não com o que lhe fora predestinado” (Duarte; Costa, 2015). Por isso, já se afirmou que o ativismo judicial:

Trata-se de conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições. Isto é, a caracterização do ativismo judicial decorre da análise de determinada postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade. Com isso, dá-se um passo que está para além da percepção da centralidade assumida pelo Judiciário no atual contexto social e político, que consiste em observar/controlar qual o critério utilizado para decidir, já que a judicialização, como demonstrado, apresenta-se como inexorável (Streck; Tassinari; Lepper, 2015).

Streck fazendo nítida crítica aos eventuais perigos causados pelo protagonismo judicial afirma que “uma ofensa à Constituição por parte do Poder Judiciário sempre é mais grave do que qualquer outra desferida por qualquer dos poderes, porque ao judiciário que cabe sua guarda. Quem nos salvará se não há mais salvadores? ou pior: quem nos salvará dos salvadores?” (Streck, 2013).

Streck ao dissertar sobre a judicialização e o ativismo, afirmou que este último seria a espécie mais propagada do gênero judicialização da política, sustentando

que “judicializar a política pode não ser exatamente o mesmo que praticar ativismos (...) se verificarmos bem, veremos que a judicialização é contingencial. Ela não é uma mal em si. O problema é o ativismo (que é comportamental)” (Streck, 2013).

O francês Antoine Garapon levantou a bandeira de que o ativismo, como comportamento, “começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar” (1998, p. 54, *apud* Streck; Tassinari; Lepper, 2015).

Acompanhando este pensamento, Christopher Wolfe afirma que:

O poder exercido pelos juízes deixa de constituir a realização de um julgamento (ou uma interpretação), sendo, portanto, reduzido a uma questão de vontade (...) Com isso, consolida-se um cenário de intenso protagonismo judicial, voltado para uma ampla intervenção judiciária, no que ficou conhecida a expressão *judge-made law* (em uma tradução literal, direito feito pelos juízes) (1994, p. 4-5, *apud* Streck; Tassinari; Lepper, 2015).

Destarte, observa-se que embora alguns autores confundam as expressões de judicialização e ativismo, restou claro pelo que foi desenvolvido, que a primeira está atrelada a fatores externo à jurisdição, mas que inevitavelmente recaem na atividade judicante, mormente pela inefetividade dos demais poderes em cumprirem os seus respectivos papéis norteados pela democracia constitucional.

Já no que concerne ao ativismo judicial este é verificado no agir judicial, ou seja, envolve o aspecto volitivo da decisão emanada pelo Judiciário, daí porque se afirma “a judicialização da política não depende da vontade do órgão judicante, mas é uma demanda social que é ocasionada por reivindicações de direitos, acarretando aumento de litigiosidade” (Sá; Bonfim, 2015) e que “o ativismo jurídico, ao contrário da judicialização da política, constitui ato de “vontade” do judiciário, ou melhor, confusão entre fundamentos de princípios de justiça (direito) e diretrizes políticas (política), mas que ocorre por clara opção jurisdicional” (Sá; Bonfim, 2015). Assim, é notória a linha tênue que separa os dois institutos.

Há quem entendam que “ambas as expressões são empregadas no sentido de demonstrar o acentuado grau de judicialização que assume o direito brasileiro na atual conjuntura” (Mandarino; Freitas, 2015).

Vale ressaltar e retomar, nessa toada, o pensamento de Barroso, no seu entender o ativismo judicial:

está intimamente relacionado com o fenômeno da judicialização, porém não possuem a mesma origem (...) geralmente se instala quando o Poder Legislativo se encontra retraído, configurando um hiato entre a sociedade civil e os representantes eleitos, criando barreiras ao atendimento efetivo das demandas sociais (2001, p. 275-290, *apud* Pereira, 2015).

Silvio Dobrwolski nos alerta sobre os limites para a atuação proativa do Judiciário:

Essa atuação alargada do Judiciário deve ocorrer sem que se transmute em um “governo de juízes”, devendo ser observadas a legislação e a separação dos poderes, do contrário “[...] não conseguirá controlar os excessos do Legislativo e do Executivo avantajados no Estado social, nem reprimir os abusos dos superpoderes econômicos e sociais da sociedade tecnológica de massas.” (1995, p. 92-101, *apud* Pereira, 2015).

Derradeiramente, cabe mencionar o conceito condensado por Lenio Streck no que diz respeito à distinção entre os temas estudados neste subtítulo:

[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivos e Legislativos em direção da justiça constitucional) [...] (2011, p. 589, *apud* Mandarino; Freitas, 2015).

Norteados por essas premissas passemos a análise dos instrumentos que o nosso ordenamento jurídico disponibiliza, notadamente quanto ao controle de constitucionalidade exercido por nossa Corte Constitucional, os quais poderiam ensejar práticas consideradas ativistas.

3.3 Mecanismos legais de controle judicial que oportunizam a ingerência do Poder Judiciário em outras esferas que dizem respeito aos demais poderes da União

Os doutrinadores ao abordarem os motivos que impulsionam, ou ensejam, a prática do ativismo pelo Judiciário, apontam que um deles é a própria constituição do Estado Democrático de Direito. Isto é, aquela transição outrora comentada que propulsionou uma maior intervenção do Estado, o chamado Estado - providência. Sendo que inserido neste contexto, ao Judiciário coube:

O controle jurídico da atividade intervencionista dos demais Poderes. No entanto, sobre ele também recaem as expectativas e pressões da sociedade no sentido da mais célere possível consecução dos fins traçados na Constituição, incluindo a imediata fruição de direitos sociais ou a extensão de benefícios, de universalização progressiva, concedidos a determinadas categorias ou regiões com exclusão de outras (Ramos, 2015, p. 286).

Nesse sentido o já citado francês Antonie Garapon afirmou que já há algum tempo o Judiciário foi alçado como “guardado de promessas” (1998, *apud* Streck; Tassinari; Lepper, 2015). Em razão da amplitude de direitos que a nossa atual Constituição previu, é evidente que o número de demandas que são levadas à apreciação do Judiciário aumentou substancialmente e, em razão, da inafastabilidade da jurisdição, uma vez provocado, este Poder deve agir. Por tal razão é que se afirma:

Os textos constitucionais decorrentes do período pós I e II Guerra Mundial que ocasionaram o surgimento de novos direitos e de novas reivindicações por efetividade destes direitos¹⁸; o novo ordenamento jurídico com a Constituição de 1988 que rompe com o período autoritário anteriormente estabelecido¹⁹; um controle de constitucionalidade extremamente generoso e que possibilita a atuação do judiciário em assuntos diversos que necessitam de uma adequada interpretação constitucional²⁰ são todos motivos relevantes que configuraram a atuação do judiciário (Sá; Bonfim, 2015).

Do mesmo modo, tem-se que o atual papel de exercício da jurisdição constitucional desenvolvido pelos magistrados e Tribunais “é fundamental para o cumprimento da Constituição, já que qualquer descumprimento às diretrizes constitucionais por qualquer um dos Poderes também caberá provocação, para que, a partir do devido processo constitucional, “efetive” os direitos dos cidadãos” (Sá; Bonfim, 2015).

Ramos aduz com precisão que “o ainda significativo descompasso entre as condições socioeconômicas projetadas pela Constituição a todos os brasileiros e aquelas efetivamente vivenciadas pela maioria da população é um dos combustíveis do voluntarismo judiciário, que pretende fazer valer o dever constitucional” (2015, p. 288). O jurista italiano Mauro Cappelletti sustenta que, diante do agigantamento dos Poderes Legislativo e Executivo, o Judiciário não pode permanecer apático:

Estamos, pois, em face de dois desenvolvimentos paralelos de grande alcance, cada um deles revelando os claros sintomas da profunda crise do nosso mundo contemporâneo. De uma lado, existe o gigantismo do Poder Legislativo, chamado a intervir ou a ‘interferir’ em esferas sempre maiores de assuntos e de atividade; de outro lado, há o conseqüente gigantismo do ramo administrativo, profunda e potencialmente repressivo. (...) a dura realidade da história moderna logo demonstrou que os tribunais – tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas de gigantismo estatal, o legislativo e o

administrativo – não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador (1993, p. 291, *apud* Ramos, 2015, p. 291).

Diante desta problemática, o ordenamento jurídico estabeleceu alguns instrumentos que se portam como barreias constitucionais à validade dos atos normativos emanados pelo Legislativo e aos atos administrativos praticados pelo Executivo, dentre eles, encontra-se, em especial, o controle de constitucionalidade.

A doutrina aponta que desde a Constituição de 1891 já havia previsão de controle difuso-incidental “[...] desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional” (Barroso, 2001, p. 277-278, *apud* Pereira, 2015).

Quando da Constituição de 1946 o controle de constitucionalidade abstrato, também chamado de concentrado, foi acrescido ao ordenamento jurídico, todavia somente com a atual Carta Magna é que ele adquiriu o contorno e a relevância que hoje possui, isso se deu por diversos fatores:

Em primeiro lugar, a ampliação da legitimação para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade (art. 103, *caput*); em segundo lugar, o alargamento do objeto dessas ações, de modo a abranger, também, a ‘omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional’ (art. 103, §2º); a criação da arguição de descumprimento de direito fundamental, configurada pela Lei Federal n. 9.982, de 3 de dezembro de 1999, como uma autêntica ação direta de inconstitucionalidade de caráter subsidiário; a criação da ação direta declaratória de constitucionalidade (EC n. 3/93, com alterações promovidas pela EC n. 45/04) (Ramos, 2015, p. 292).

Desse entendimento, extrai-se que o sistema concentrado de constitucionalidade, trazido do sistema europeu, “permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal”. Além disso, a Constituição concedeu legitimidade a um rol extenso de órgãos, entidades públicas e privadas, para a propositura da ação direta de (in)constitucionalidade. Com base nisso, é que se afirma que “quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF” (Barroso, 2001, p. 277-278, *apud* Pereira, 2015). No tocante a

legitimidade do Judiciário para invalidar as leis e atos contrários à constituição, tem-se que:

A interpretação das leis é própria e peculiarmente da incumbência dos tribunais. Uma Constituição é, de fato, uma lei fundamental e assim deve ser considerada pelos juízes. A eles pertence, portanto, determinar seu significado, assim como o de qualquer lei que provenha do corpo legislativo. E se ocorrer entre as duas alguma discrepância, deverá ser preferida, como é natural, aquela que possua força obrigatória e validez superiores; em outras palavras, deverá ser preferida a Constituição à lei ordinária, a intenção do povo à intenção de seus mandatários (COELHO, 2015).

A indagação que se faz é o motivo desse controle concentrado de competência da Corte constitucional, STF, ter o condão de impulsionar o ativismo, sendo que para muitos doutrinadores, isso se explica pelo fato de quando no exercício desta função jurisdicional constitucional o Tribunal aproxima sua atividade da que compete ao Legislativo. Ademais, a possibilidade de se atribuir modulação temporal aos efeitos da decisão quanto a inconstitucionalidade de determinada lei se insere em uma seara um tanto quanto discricionária do Judiciário, considerando que a decisão terá efeitos *erga omnes* (Ramos, 2015, p. 292).

Afirma-se que o ativismo decorre do manejo do controle de constitucionalidade “na medida em que o órgão de controle percebe tornar-se menos nítida a distinção entre legislação e jurisdição” (Ramos, 2015, p. 292).

Ademais, o Tribunal constitucional ao interpretar a Lei Maior quando do enfrentamento de normas com conceitos indeterminados, vê-se instalada uma oportunidade de exercício da criatividade interpretativa, alargando, inevitavelmente, suas competências (Ramos, 2015, p. 293).

Concomitantemente aos instrumentos como a ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, encontram-se como possíveis mecanismos de atuação incisiva do Judiciário a modalidade de ADIN chamada de “ação direta de inconstitucionalidade por omissão - ADO”, o mandado de injunção - MI e a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF, sobre os quais se fará sucinta análise conceitual e se observará sua interferência nas atribuições do Executivo.

Quanto ao MI e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é necessário fazermos uma diferenciação, nestes termos Streck nos ensina que:

Enquanto o mandado de injunção tem por objeto tornar viável o exercício de um direito fundamental, a inconstitucionalidade por omissão visa à efetividade de norma constitucional. Qualquer pessoa física ou jurídica está legitimada a promover a ação injuntiva; já a inconstitucionalidade por omissão só pode ser requerida pelas figuras arroladas nos incisos I a IX do art. 103 da Carta. Por outro lado, o mandado de injunção será julgado por qualquer tribunal ou juízo, federal ou estadual, ao passo que a inconstitucionalidade por omissão é da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Outra diferença fundamental reside no tipo de decisão a ser proferida pelo Judiciário: no mandado de injunção, a sentença constitui um direito; na inconstitucionalidade por omissão, a decisão tem caráter declaratório (Streck, *online*, p.560).

O autor dissertando sobre a ADO afirma que trata-se de um remédio que combate a inércias do Legislativo e do Executivo dizendo que

(...) a inconstitucionalidade por omissão tem a função de compelir o Poder Executivo e instar o legislador a fazer aquilo que, embora estipulado no texto da Constituição, não deseja fazer, de forma total ou parcial. A inconstitucionalidade por omissão visa proteger a força normativa da Constituição, estabelecendo barreiras contra um não atuar que, sendo produto de uma decisão política, tem consequências jurídicas (a inconstitucionalidade) (Streck, *online*, p. 564).

Já a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF se coloca “ao lado e como complemento do mandado de injunção, da ação de inconstitucionalidade por omissão e dos próprios mecanismos de controle de constitucionalidade (...) objetiva compelir o Poder Público a se abster de realizar um ato abusivo e violador do Estado” (Streck, *online*, p.579).

Em relação à utilização da ADPF, Streck defende que ela só pode ser manejada quando demonstrado o preceito fundamental, objeto da alegação de violação, sendo que a decisão tomada em controle concentrado, pelo STF, deve se restringir a apontar a existência de ofensa ao preceito, no entanto, não deve estabelecer condições, tampouco o modo de interpretá-lo e aplicá-lo, embora tal limitação não seja observada na prática, o que enseja um nítido ativismo judicial.

Não cabe, pois, ao Supremo Tribunal Federal funcionar como legislador, fixando as condições em que o preceito fundamental deverá ser cumprido, nem tampouco lhe cabe fixar o modo como este deve ser interpretado e como deve ser aplicado. (...) As decisões do STF, em sede de ADPF, não podem ser transformadas em atos legislativos *stricto sensu*, com o que estará afrontando o princípio da divisão de Poderes da República (Streck, *online*, p. 586).

Ao abordar a terminologia “preceitos fundamentais” afirma que há entre os doutrinadores e a jurisprudência dificuldade quanto ao alcance do termo, todavia é incontestável a qualidade de preceito fundamental que se atribui aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, bem como às cláusulas pétreas, isso é, a separação de poderes, a forma federativa de Estado, além do voto secreto, direito e universal, todos intrinsecamente ligados à ideia de democracia. Nesse sentido:

Levando em conta os objetivos do Estado Democrático de Direito, já discutidos anteriormente, a atribuição de sentido que se pode fazer à expressão “preceitos fundamentais” caminha na direção de que tais direitos são aqueles reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado. Designam-se por normas de direitos fundamentais todos os preceitos constitucionais destinados ao reconhecimento, garantia ou conformação constitutiva de direitos fundamentais (Streck, *online*, p. 592).

Importante ressaltar de modo sucinto o que representa cada um desses instrumentos até aqui analisados e, por isso, é pertinente trazer à baila a comparação feita por Streck:

Enquanto a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade têm a finalidade de expungir do sistema jurídico qualquer inconstitucionalidade decorrente de lei ou ato normativo que confronte qualquer dispositivo da Constituição, e o recurso extraordinário (RE) se apresenta como o remédio para levar ao Supremo Tribunal toda e qualquer violação da Constituição em sede de controle difuso e sempre no curso de uma ação, a arguição de descumprimento representa a possibilidade de submeter ao Supremo Tribunal – de forma direta (como ação autônoma, cuja legitimação para propositura é a mesma da ADI) e incidentalmente, no curso de uma ação – as violações dos preceitos fundamentais previstos na Constituição (Streck, *online*, p. 592).

Não podemos olvidar que o intervencionismo acentuado do Judiciário nas demais esferas, não se deu apenas pela utilização desses mecanismos, mas também, como alguns doutrinadores orientam, com o advento do fenômeno intitulado como “Neoconstitucionalismo”, o qual se afirma ser uma tendência teórica, procurando seus adeptos fazer uma releitura da forma de interpretação da constituição, justificando esse entendimento através de três significativas mudanças, são elas: o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação (Barroso, 2006, p. 6, *apud* Ramos, 2015, p. 297).

Ramos defende, outrossim, que o neoconstitucionalismo trouxe consigo uma supervalorização dos princípios constitucionais em detrimento às próprias regras, o que chamou de *principiologização do direito* e fez com que o hermeneuta a partir deste princípios extraísse desdobramentos de atribuição do legislador.

Além disso, declarou que como decorrência lógica as portas do sistema jurídico foram abertas ao subjetivismo judicial que “valendo-se dos contornos menos nítidos das normas-princípio e potencializando-lhes os efeitos para além do que seria lícito fazer, deixam de concretizar a Constituição para, a bem de ver, construí-la, ao sabor das preferências axiológicas de seus prolores” (Ramos, 2015, p. 301). A esse respeito Dimitri Dimoulis asseverou:

A tentativa de principiologizar a interpretação jurídica é utilizada como justificativa para ampliar para ampliar o poder discricionário do aplicador em detrimento: milhares de páginas de erudição jurídica e filosófica sobre os princípios levam sempre à mesma conclusão. Os princípios são vetores dos ideais de justiça, de equidade e de sensibilidade perante o caso concreto em contraposição As regras que são precisas e ‘frias’. Em razão disso, o aplicador do direito deveria possuir liberdade de atuação, independentemente do conteúdo das normas vigentes, no intuito de realizar a justiça no caso concreto, recorrendo, conforme ‘ponderação’ pessoal, a princípios que exprimem valores (2006, p. 62, *apud* Ramos, 2015, p. 301).

Ademais, outro fator que impulsiona o ativismo judicial, sob o prisma doutrinário, é a prática de atividade normativa atípica pelo Supremo Tribunal Federal, prática esta que não se refere à atribuição dos Tribunais em editar seus regimentos internos, mas sim da verdadeira tensão ocasionada pelas competências normativas que, por vezes, exerce a cúpula do Judiciário, tal como corre com a edição de súmula vinculante.

Frise-se que, hodiernamente, tal atividade não é restrita ao STF, isso porque com o advento do Novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/15 que trouxe em seu bojo claro intuito de fortalecimento de decisões jurisprudenciais, embasando tal pretensão na promoção de segurança jurídica e celeridade processual, cada vez mais se aproximando do sistema *common law*, sistema de precedentes de origem anglo-saxônica, com instrumentos como o denominado Incidente de Resoluções de Demanda Repetitivas – IRDD.

Em primeiro lugar faremos breve consideração quanto às súmulas vinculantes. Fruto da chamada “reforma do Judiciário”, introduzida em nosso ordenamento através da Emenda Constitucional n. 45/04, prevista no art. 103-A da nossa Carta política que diz, *in verbis*:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Para Ramos a “súmula vinculante é antes um ato de criação do que de aplicação do direito (...) de observância compulsória, que se faz ao arrepio do princípio da inércia da jurisdição e, o que é ainda mais significativo, do princípio da inafastabilidade” (Ramos, 2015, p. 311).

O autor menciona que apesar da uniformização da jurisprudência, a diminuição da carga de trabalho da corte constitucional e, notadamente, a maior segurança jurídica, consequências estas geradas pela edição de uma súmula vinculante, há também o que chamou de “efeitos colaterais perversos” que o seu uso pode ensejar

Em primeiro lugar, o enrijecimento exacerbado da interpretação em matéria constitucional (...) embora não vincule o Poder Legislativo, que poderá continuar editando leis conflitantes com o entendimento sumulado (...) em segundo lugar o fato de vir a se converter a atribuição do STF *sub examine* em elemento impulsionador do ativismo, porquanto se observa aqui uma aproximação excessiva da atividade legiferante, a qual, embora compatível com o princípio da separação dos poderes, uma vez contemplada em nível constitucional, se prestará a ir, lenta e progressivamente, solapando-lhe as bases (Ramos, 2015, p. 315-316).

No que diz respeito ao sistema de precedentes adotado pelo Código Processo Civil, em razão da imensidão deste tema, que renderia inclusive uma dissertação em apartado, nos restringiremos a abordar a importância dos precedentes e a notória possibilidade de gerarem ativismo judicial.

Conforme entendimento doutrinário “o papel da jurisprudência e o uso pragmático de precedentes se tornam indispensáveis para a entrega de uma prestação jurisdicional que possa conciliar justiça do caso concreto com duração razoável do

processo” (Barroso; Mello, 2016). Conforme o ensinamento de Barroso pela dicção do artigo 927 deste diploma legal ficou estabelecido

como entendimentos a serem obrigatoriamente observados pelas demais instâncias: (i) as súmulas vinculantes, (ii) as decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado da constitucionalidade, (iii) os acórdãos proferidos em julgamento com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial repetitivo, (iv) os julgados dos tribunais proferidos em incidente de resolução de demanda repetitiva e (v) em incidente de assunção de competência, (vi) os enunciados da súmula simples da jurisprudência do STF e do STJ e (vii) as orientações firmadas pelo plenário ou pelos órgãos especiais das cortes de segundo grau (Barroso; Mello, 2016).

Como decisões que devem ser observadas por todos os órgãos que compõe o Judiciário, bem como pela administração pública, o desrespeito a tais precedentes, enseja a reclamação que deve ser apresentada perante o Tribunal que proferiu a decisão, de modo a assegurar a higidez do ordenamento, o que denota o nítido caráter vinculante desses julgados.

Tal como a súmula vinculante, que não deixa de ser um precedente e integrar o atual sistema proposto pelo CPC, os demais precedentes supramencionados podem ensejar postura exorbitante dos membros do Judiciário quando no exercício da judicatura, isso porque tais decisões carregam consigo o atributo vinculante, além de permitir aos Tribunais amplo e, por vezes, discricionário poder de decisão.

Por tudo aquilo que foi exposto, ante a breve síntese feita em relação aos mecanismos legais de controle judicial dos atos praticados pelos poderes Legislativo e Executivo, vale ressaltar a assimilação do tema feita por Antonie Garapon que, pressagiando a derrocada da representatividade política, também chamada de crise de representatividade, fato que seu deu pela ausência de comprometimento do Estado no cumprimento das promessas constitucionais e a constante crítica quanto à atuação Legislativa que deixa muito a desejar, tudo colaborando para a intervenção do Judiciário, que com os instrumentos acima aludidos, busca satisfazer os anseios sociais balizado nos ditames de justiça eficiente, demonstrando ser o protagonista da nova era do direito, afirmou:

(...) na atual conjuntura, ‘nada mais pode escapar ao controle do juiz’, constatação que se insere no âmbito de um cenário, que pode ser em resumo caracterizado: *a)* por uma descrença na lei e, como consequência, por um aumento na dimensão interpretativa do Direito; *b)* por um desmoronamento

do conceito de democracia, no sentido de que “o homem democrático” desaparece; e c) pelo surgimento dos sistemas supranacionais, que, por um lado, fragilizaram a concepção de soberania estatal, mas, por outro, possibilitaram a insurgência de novas instâncias jurisdicionais, como as Cortes de Direitos Humanos. A partir disso, então, há certa “promoção” da atividade jurisdicional, o que, para o autor, não se traduz em uma mudança dos titulares da soberania (que, originalmente, é atribuída ao poder político, isto é, Executivo e Legislativo), ‘mas antes uma evolução da referência da ação política, e não tanto uma rivalidade, mas sim uma *influência recíproca*’. Ainda, nesta linha de “influência recíproca”, o autor menciona que isso representa uma substituição da positividade por uma “justiciabilidade”, no sentido de que o Direito passa a se definir ‘pela possibilidade de submeter um comportamento à apreciação de um terceiro’, no caso, o Judiciário (Garapon, 1998, p. 40-43, *apud* Streck; Tassinari; Lepper, 2015).

3.4 Da inevitabilidade do ativismo judicial

Considerando toda sistemática apresentada acerca do denominado ativismo judicial e seus contornos, ainda precários, retomamos o cerne deste estudo, no sentido de ser, esse proativismo, inserido em nosso cenário político, jurídico e social, uma prática inevitável ou não? Um Judiciário que se imiscuí nas competências atribuídas aos outros Poderes, apresenta-se como ativista ou somente anseia pela concretização dos direitos?

Essas indagações estão longe de serem dirimidas de forma unânime e clara quando analisamos a voz que emana da doutrina e da jurisprudência, no entanto, o que se apresenta incontestemente é a inefetividade dos preceitos constitucionais tão caros a vida humana que, amiúde, a coletividade enfrenta, gerando o descompasso entre as normas positivadas e a realidade social vivenciada pelos cidadãos que são diretamente afetados pela malfada atuação Legislativa e Executiva. É aquele já conhecido desarranjo entre a igualdade formal prevista na Constituição e aquela chamada de substancial ou material.

Por tal razão, o Judiciário ao ser provocado, tem a obrigação de intervir o que enseja mudanças sociais significativas, visando, sobretudo dar efetividade às normas constitucionais, como outrora disse Norberto Bobbio:

não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados (1992, p. 25).

Nesse sentido, muitos doutrinadores se posicionam favoravelmente à inevitabilidade do ativismo judicial quando o Legislativo e o Executivo não cumprem suas respectivas missões, preconizadas em nossa Carta Política, sendo que “o redimensionamento do olhar constitucional para os direitos fundamentais deve exigir do Estado o cumprimento destes direitos. Dessa forma, quando da omissão dos demais Poderes, mesmo em âmbito político, é louvável e harmonicamente democrática” (Nelson; Medeiros, 2013). Do mesmo modo:

O chamado ativismo judicial é uma resposta do Supremo a provocações formais da sociedade a partir de mecanismo criados pela Constituição para neutralizar o caráter lesivo das omissões do Congresso ou do Executivo. Nesses casos, não há interferência indevida do Supremo: o Tribunal está apenas cumprindo sua função (Branco, 2011, P. 394 – 395, *apud*, Nelson; Medeiros, 2013).

Barroso ao defender a legitimidade do Judiciário na concretização das normas constitucionais, através do ativismo, afirmou que este se faz necessário “quando o processo legislativo, o processo político majoritário, não produziu uma solução, e, quando a história ‘emperra’. Logo, é preciso que uma vanguarda iluminista faça com que ela avance. Este é o papel que o Supremo poderá desempenhar no dia de hoje” (Barroso, 2012, *apud* Duarte; Costa, 2015).

Embora legítima a atuação judicial, em esferas atípicas de sua competência para fazer valer os direitos fundamentais, é de se anotar que essa intervenção não pode se dar de forma incondicionada, discricionária e ilimitada (Nelson; Medeiros, 2013). Ainda que haja evidente dificuldade em estabelecer parâmetros ao ativismo, eles são necessários a fim de que se evite o que, doutrinariamente, se intitulou como a “ditadura da toga”, pois se bem lembrarmos, anteriormente já foi dito, que não há outro órgão que reveja as decisões judiciais, isto é, e, em essência, aquelas tomadas pela cúpula do Judiciário – STF.

Assim, quando da interpretação judicial das normas constitucionais, em sede de controle de constitucionalidade e através dos demais instrumentos de controle judicial, os julgadores devem se ater aos valores filosóficos extraídos dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e efetividade.

Neste ponto, permite-se salientar a importância destes preceitos, principalmente no momento em que o Judiciário interfere na esfera administrativa, ou seja, na atividade governamental em prol dos direitos sociais, aqueles que, conforme vimos, são implementados por políticas públicas. Sobre este assunto, manifesta-se a doutrina:

(...) princípio da proporcionalidade considerando-se que trata-se de instrumento adequado para a análise das políticas públicas pelo judiciário, pois, a partir desse princípio, é possível observar a adequação dos meios da política aos fins que visa alcançar, a compatibilidade da finalidade com as imposições constitucionais, bem como a razoabilidade do sacrifício existente entre os direitos que compõem a teia que formata a dignidade da pessoa. (...) Quanto ao princípio da efetividade, relaciona-se à força normativa da Constituição e orienta o intérprete no sentido de, ao lidar com os problemas de ordem constitucional, que busque conferir às normas a máxima efetividade, considerando-se o caso concreto. Nessa perspectiva, efetividade significa concretizar o Direito na sua função social e, dessa forma, esse princípio afigura-se instrumento de grande valia quando a questão constitucional em pauta envolver políticas públicas para a realização dos direitos sociais (Santos, 2006, p. 124, *apud* Souza, *online*, p. 234).

A título de exemplificação quanto à ingerência do Judiciário na seara de escolha de políticas públicas e o grau de razoabilidade desta faremos breve análise da recente decisão exarada no Recurso Extraordinário - RE n. 580.252/MS, oportunidade em que o STF decidiu ser cabível o direito de indenização por parte do Estado em favor dos custodiados em situação degradante, sendo tal direito visto como dever do Estado. Vejamos sua ementa:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANO MORAL CARACTERIZADO – TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL CONJUGADA COM O MÍNIMO EXISTENCIAL – PREQUESTIONAMENTO – MATÉRIA SUFICIENTEMENTE DEBATIDA E DISCUTIDA PELO ÓRGÃO COLEGIADO – RECURSO PROVIDO. O Estado será responsabilizado a indenizar quando, por ato omissivo, tenha causado dano à particular, desde que comprovada a conduta culposa ou dolosa do ente federativo. Demonstrado que os problemas de superlotação e de falta de condições mínimas de saúde e higiene do estabelecimento penal (presídio) não foram sanados, após o decurso de um lapso temporal quando da formalização do laudo de vigilância sanitária, violando, por conseguinte, as disposições da Lei de Execução Penal, bem como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, está devidamente comprovada a conduta omissiva culposa do Estado (culpa administrativa). Não sendo assegurado o mínimo existencial, não há falar em aplicação da teoria da reserva do possível. Recurso provido (STF – RE 580.252-MS. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Dj 16/02/17).

Neste julgado a Corte Constitucional ao apreciar a situação de um preso no Estado do Mato Grosso do Sul que alegou sofrer graves violações à sua dignidade, intimidade, higidez física e psíquica, direitos esses assegurados pela Constituição, tudo

devido o descaso, caracterizado pela omissão governamental na manutenção e assistência ao presídio em que estava recolhido.

Naquela oportunidade o Tribunal superior fixou a tese de que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico e é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento, condenando, por fim, o Estado a pagar ao preso, a título de indenização por danos extrapatrimoniais, o valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Sem adentrar tanto ao mérito da decisão, isto é, a escolha pela indenização pecuniária, se eficaz ou não a uma pessoa que encontra-se reclusa e que provavelmente ainda conviverá com a violação de seus direitos, é evidente que a decisão da Suprema Corte atingiu diretamente o orçamento público e a discricionariedade do administrador público em destinar parte de sua arrecadação aos presídios, isso porque, uma vez reconhecido o direito de indenização para cada detento em situação degradante, por óbvio, as despesas estatais aumentarão significativamente sem, contudo, solucionar de modo eficaz o problema e, por vezes, agravando outros.

Oportuno tecer considerações dos fundamentos da decisão, tendo em vista que, quando da análise deste processo, o STF reconheceu que os presídios brasileiros vivem aquilo que se denominou como “Estado de Coisas Inconstitucional” - ECI, o qual já havia sido reconhecido na ADPF n. 347, e nas palavras de Streck instala-se com a presença de três pressupostos:

(a) Constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, mas de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta a um número amplo de pessoas; (b) Omissão reiterada das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais, gerando uma falha estrutural a ponto de ocorrer violação sistemática dos direitos fundamentais; (c) A superação de violação de direitos fundamentais exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, mas a uma pluralidade deles, de modo que uma decisão simples (daquelas do arsenal tradicional da jurisdição constitucional) não é suficiente.

Este mesmo autor critica a adoção da tese de ECI, sustentando que através dela há a possibilidade da prática de um ativismo desmoderado por parte do Judiciário,

dizendo que se essa tese fosse plausível dentro de nosso sistema, a realidade social comparada com os objetivos da República explícitos no artigo 3º da Carta Magna (Construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação), denotaria que o próprio País é inconstitucional.

Sustenta, ainda, que estamos sob o império de uma Constituição dirigente, com evidente conteúdo programático, ou seja, de implementação dos direitos nela previstos e, portanto, seria inadmissível adotar uma tese em que a violação em massa desses direitos fundamentais seria inconstitucional, isso porque devem ser concretizados de forma gradual.

Em oposição ao seu pensamento, Streck menciona que alguns doutrinadores defendem a tese de ECI sob o prisma de que seria a forma viável de levar à apreciação do Judiciário os problemas sociais que dizem respeito aos aspectos estruturais do governo. Porém, ainda criticando a tese, notadamente, pelo flanco que ela abre para atuação judicial desmedida, especialmente no tocante às políticas públicas, Streck assevera:

Se o STF não desenha as políticas públicas e só reconhece através do ECI sua “tutela estrutural” (*sic*), é aí mesmo que reside o problema: os alemães inventaram o apelo ao legislador (*Appellentscheidung*), que se dá nos casos de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. A diferença é que, na tese alemã há parametricidade legal-constitucional, e não uma “questão estruturante”, como o estado dos presídios. Sendo verdadeira essa tese do ECI, a palavra “estruturante” será um guarda-chuva debaixo do qual será colocado tudo o que o intérprete quiser e permitir, desde os presídios ao salário mínimo. Haverá escolha. Mas, em uma democracia quem faz escolhas é o Poder Executivo, e não o Judiciário. Ainda que possa haver teses intermediárias, como a de José Ribas Vieira, o ponto central nessa discussão é o de que as políticas públicas ou, se quisermos, as promessas incumpridas da Constituição não estão à disposição do Poder Judiciário (Streck, *online*, p. 500).

Ainda sobre esse tema, cabe apontar a ponderação de Streck que demonstra verdadeira rejeição ao chamado Estado de coisas inconstitucional, por não visualizar

razão lógica para sua adoção, considerando toda realidade vivenciada pela população brasileira.

O objeto do controle de constitucionalidade são normas jurídicas, e não os objetos sob os quais elas incidem. Não se pode declarar as “coisas” inconstitucionais, mas tão somente as normas que prescrevem, autorizam ou proíbem determinada conduta fática. Do contrário, poder-se-ia declarar inconstitucional a própria natureza, como a poluição marinha, as estradas esburacadas, os presídios, etc. Com a tese do “estado de coisas inconstitucional”, podemos perguntar: por que o STF não declara a pobreza inconstitucional, estipulando o salário mínimo para R\$ 10.000? Por essa lógica, estaria terminado o problema da desigualdade social, etc (Streck, *online*, p. 501).

Sem perder de vista referida crítica, é certo que atualmente o STF reconhece o Estado de Coisas Inconstitucional como bem salientado na ADPF 347 e, após, ratificado na decisão do Recurso extraordinário ora analisado, porém o questionamento que remanesce é: se ao reconhecer o direito do preso, com base no ECI, e a obrigação do Estado em dar-lhe uma indenização pelos danos morais sofridos em decorrência da omissão estatal, não teria extrapolado os limites daquilo que se entende razoável e proporcional a se exigir do Estado? Considerando a deficiência de ações governamentais em vários ramos atinentes aos direitos sociais, como a saúde, a educação, etc.

Sabemos como foi visitado neste estudo que a teoria da reserva do possível de fato é incabível quando confrontada com os direitos relacionados ao mínimo existencial e que, quando estes são violados e o Judiciário é acionado, é necessário que aja ativamente dando uma resposta suficiente e justa, fazendo, com isso, a concretização das normas e promessas constitucionais, não obstante, deva se nortear pela própria Constituição e os ditames da razoabilidade e eficiência de suas decisões.

Na realidade, em que pese muito criticado, o ativismo judicial, desde que vise a promoção da paz e bem-estar social, é visto como inevitável até mesmo por aqueles que a ele se opõe, e ainda mais se considerarmos ser ele uma das vertentes de manifestação da judicialização da política. Conquanto ainda se encontre dificuldades em limitá-lo, isso é encontrar parâmetros para que o ativismo não se dê de forma arbitrária e discricionária, o fenômeno demonstra-se necessário diante da ausência de normas por parte do Legislativo, que imbuído por interesses de ordem particular, deixa

de regulamentar situações que hoje são levadas ao crivo do Judiciário, bem como diante da ineficiência estatal em implementar os direitos fundamentais constitucionais, deixando a sociedade desamparada e à sua própria sorte. Neste ponto, temos que:

Extrai-se dessa necessária atuação a conclusão de que ‘invariavelmente o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao ‘passivismo’, que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados’ (Ramos, 2015, p. 112).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Considerando o panorama traçado, especialmente em relação ao atual papel que Judiciário exerce como garante dos direitos constitucionalmente previstos, distanciando-se claramente do papel que exercia no século XIX, durante o período que se conhece como Estado Liberal, em que se assistiu o modelo de juiz pregado por Montesquieu como sendo “a boca da lei”.

2. O Judiciário, diante de tantas mudanças sociais e presenciando a insuficiente atuação do Legislativo e do Executivo perante a sociedade que, há muito sofre de uma crise de representatividade, não poderia permanecer indiferente. Até mesmo se considerarmos que em decorrência destes dois fatores, houve um aumento de demandas visando à prestação jurisdicional.

3. O juiz não pode deixar de prestá-la, sob pena de infringir o comando constitucional de inafastabilidade da jurisdição. Por certo que a jurisdição é, inicialmente, inerte, mas quando provocada te, o dever de agir, fazendo-o de maneira eficiente e não apenas protelando os anseios dos jurisdicionados.

4. Com base nessas assertivas é que no decorrer do estudo, pode-se observar que o Judiciário possui legitimidade para exigir dos demais Poderes a efetividade da Constituição e quem o legitima para tanto é a própria Carta Magna que, inclusive criou instrumentos para que fosse possível a ingerência judicial nas demais searas que não são propriamente de sua alçada, buscando, sobretudo a justiça e a conquista da paz (Boldrini, 2012, p. 126).

5. Nesse sentido, afirma-se que a Constituição como carta política que reflete a cultura de seu povo, deve ser estritamente observada por todos os Poderes e ela é quem confere o poder político-constitucional ao Judiciário, visando à proteção das liberdades individuais, classificadas como direitos de primeira dimensão, e a promoção da igualdade substancial, manifestada pela concretização dos direitos sociais, e estes demandam do Executivo a elaboração e implementação de políticas públicas (Boldrini, 2012, p. 12).

6. Voltando nossa atenção à implementação de políticas públicas, podemos concluir que a partir do momento que a Constituição prevê metas governamentais e o Executivo, destinatário destas normas, se omite não respeitando os comandos por ela emanados, instala-se o cenário da denominada “omissões inconstitucionais” que demanda a intervenção judicial, com a finalidade de também valorizar o sentido jurídico da Constituição (Boldrini, 2012, p.126).

7. A Constituição precisa ser vista de fato como uma Lei Maior, imune à indiferença dos representantes do povo e, especialmente do Judiciário, que de maneira alguma pode deixar o seu sentido e sua supremacia se perderem, sob pena de se perpetuar o caos, através de um governo arbitrário que não encontra limites em sua atuação, deixando de promover o bem-estar social, que é o que hoje se tem buscado através da jurisdição constitucional.

8. É inegável que, no Brasil atual, o Judiciário exerce e deve exercer um papel político, não como é exercido pelos demais Poderes, mas sim como um Poder independente que é, com a missão constitucional de fiscalizar as leis e os atos do Executivo. Por isso, o chamado controle de constitucionalidade é um instrumento tão relevante para o cumprimento dessa missão, assumindo o caráter de “garantia jurídica”, abrindo espaço para um Judiciário intervencionista (Boldrini, 2012, p. 128).

9. Além de em determinadas situações exigir do hermeneuta criatividade para solucionar os litígios, notadamente os que envolvem os direitos sociais e sua efetividade, o fazendo, assim, de modo justo e equilibrado, encontrando no próprio texto constitucional os limites à sua atuação, ainda que esta seja chamada, por vezes, de ativista.

10. Ante o exposto, em que pese uma postura ativista do Judiciário não seja o ideal, porque escancara a deficiência na atuação dos demais Poderes. Justamente por essa razão, o ativismo judicial se apresenta como um mal necessário, com a finalidade de suprir a ausência de ações governamentais em prol da sociedade, especialmente para concretização dos direitos sociais. Frise-se, porém, que ele não pode ser exercido de maneira tão arbitrária, ao bel prazer do Judiciário, a ponto de os magistrados e Tribunais se perderem dos parâmetros e limites constitucionais para o exercício da

jurisdição, o que fatalmente poderia ser fator precursor do descrédito social na Justiça brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- APPIO, Eduardo. **Ronald Dworkin e o ativismo judicial**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/m/conteudo/artigos/ronald-dworkin-e-o-ativismo-judicial/10804>>. Acesso em: 19 de janeiro de 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. **Garantia de direitos e separação de poderes**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: FADUSP, 2012.
- CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. 2ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema Jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina.
- COELHO, Inocêncio Mártires. **Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 2-22.
- DUARTE, Hugo Garcez; COSTA, Igor Amaral da. **Jurisdição constitucional: reflexões sobre a judicialização da política e o ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal sob a (in)efetividade dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42527/jurisdicao-constitucional-reflexoes-sobre-a-judicializacao-da-politica-e-o-ativismo-judicial-no-supremo-tribunal-federal-sob-a-in-efetividade-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 19 de janeiro de 2017.
- FARIAS, Rachel Nunes de Carvalho. **O ativismo judicial e a ingerência do poder judiciário na escolha de políticas públicas**. *Revista dos Tribunais Online*: Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 101, p. 57-81, maio/jun. 2017.
- GIOVANNI, Geraldo Di; NOGUEIRA, Marco Aurélio (org.). **Dicionário de políticas públicas**. 2 ed. São Paulo: Editora da Unesp; Fundap, 2015.
- GONÇALVES, Leonardo A. **Direitos Sociais: cidadania, políticas e justiça. Controle Jurisdicional das políticas públicas: Possibilidades e limites**. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013.
- GUEDES, Juliana Santos. **Separação dos poderes? O Poder Executivo e a tripartição de poderes no Brasil**. Disponível em: <https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_fevereiro2008/.../dis16.doc>. Acesso em: 22 de junho de 2017.
- MANDARINO, Renan Posella; FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. **Ativismo judicial e judicialização da política da relação de consumo: uma análise do controle**

jurisdicional dos contratos de planos de saúde privado no estado de São Paulo. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 347-360.

MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de; NELSON, Rocco Antônio Rangel Rosso. **Neoconstitucionalismo e ativismo judicial – limites e possibilidade da jurisdição constitucional.** *Revista dos Tribunais*: Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 84, p. 175-221, jul/set. 2013.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. **Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em: 06 de novembro de 2018.

PEREIRA, Fernanda Tercetti Nunes. **Ativismo Judicial e Direito à Saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário.** Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 290-308.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SÁ, Mariana Oliveira de; BONFIM, Vinícius Silva. **A atuação do Supremo Tribunal Federal frente aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial.** Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 169-189.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 8. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da constituição do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **Jurisdição constitucional.** (*online*). 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 19 de janeiro de 2017.

_____; TASSINARI, Clarissa ; LEPPER, Adriano Obach. **O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326.** Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 51-61.

VIEIRA, José Ribas; Grupo do Ativismo Judicial. **Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil.** Estação Científica, Ed. Especial Direito, Juiz de Fora, v. 01, n. 04, out e nov/2009, p. 44-57.