



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

CÍCERA FRANCISCA RAFAEL DE MOURA

**O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS POR INTERMÉDIO DO ATIVISMO
JUDICIAL**

CAMPINA GRANDE
2015

CÍCERA FRANCISCA RAFAEL DE MOURA

**O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS POR INTERMÉDIO DO ATIVISMO
JUDICIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Administrativo e Direito Constitucional.

Orientadora: Prof^ª M.^a Lucila Gabriella Maciel Carneiro Vilhena.

**CAMPINA GRANDE
2015**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

M929c Moura, Cícera Francisca Rafael de.
O controle das políticas públicas por intermédio do ativismo judicial [manuscrito] / Cícera Francisca Rafael de Moura. - 2015.
24 p.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,
2015.

"Orientação: Profa. Ma. Lucila Gabriella Maciel Carneiro
Vilhena, Departamento de Direito Privado".

1. Políticas Públicas. 2. Direitos Fundamentais. 3. Ativismo
Judicial. I. Título.

21. ed. CDD 342

CÍCERA FRANCISCA RAFAEL DE MOURA

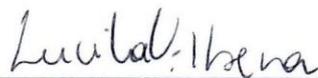
**O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS POR INTERMÉDIO DO
ATIVISMO JUDICIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Bacharelado em
Direito da Universidade Estadual da
Paraíba, em cumprimento à exigência
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

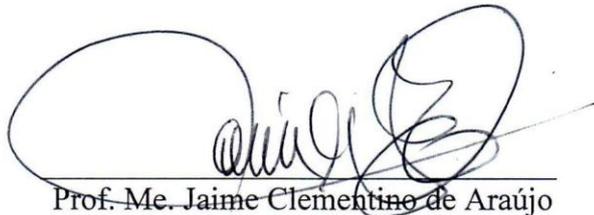
Área de Concentração: Direito
Administrativo e Direito Constitucional.

Aprovado em: 30 / 08 / 2015

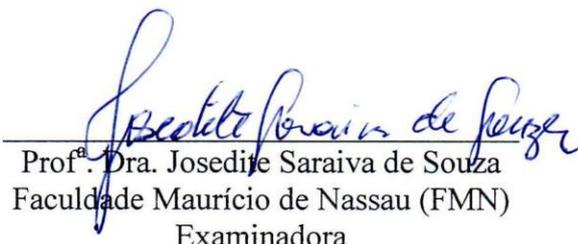
Nota: _____ (9,5)



Prof^a. Ma. Lucila Gabriella Maciel Carneiro Vilhena
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)
Orientadora



Prof. Me. Jaime Clementino de Araújo
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)
Examinador



Prof.^a. Dra. Josedite Saraiva de Souza
Faculdade Maurício de Nassau (FMN)
Examinadora

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me conduzido e permitido esse júbilo, pois me faz ciente de sua imensa generosidade.

Aos meus familiares, particularmente, aos meus pais que sempre me apoiaram e me ajudaram; a minha avó Chica que muito amo; aos meus dois tios amados, Rita e Joaquim, que foram minhas fortalezas e estiveram presentes nessa jornada; e as minhas primas com as quais dividi talvez os melhores anos de minha vida, as brigas, os risos, sem elas essa conquista não teria o mesmo sentido.

A minha banca, especialmente a minha orientadora que se fez presente mesmo passando por momentos tão difíceis.

Aos meus amigos que me ajudaram, seja com caronas, conselhos e tudo mais, dentre eles destaque: Adjair, Ten. Floristan, Erika, Rosângela e Adriana.

A UEPB, universidade a qual busquei como o maior de meus sonhos e hoje o tenho realizado.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.	Artigo
STF	Superior Tribunal Federal
CF	Constituição Federal

O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS POR INTERMÉDIO DO ATIVISMO JUDICIAL

Cícera Francisca Rafael de Moura¹

RESUMO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 firmou-se o regime democrático de direito, erigindo as políticas públicas à categoria de direitos fundamentais. No entanto, a concretização de tais direitos ficou a cargo do Poder Público, que não vem cumprido com essa obrigação de forma satisfatória. Desta feita, emerge o ativismo judicial como meio encontrado para a efetivação das políticas públicas (saúde, educação, segurança e meio ambiente), portanto, esse fenômeno surge como meio para suprir as carências sociais que marginalizam direitos constitucionalmente assegurados. Contudo, a questão deve ser observada sob a ótica da Separação dos Poderes, ponderando-se pela concepção da reserva do possível com a do mínimo existencial, para que exista equilíbrio e razoabilidade nessa manifestação. Diante disso, o presente trabalho intenta discorrer de forma sucinta o fenômeno do ativismo judicial que tem natureza bastante diversificada, no entanto, o objetivo maior nesse estudo é a atuação do Judiciário para atingir os direitos sociais, sem deixar de fazer a devida observância ao perigo do excesso desse militarismo que subsidia o que fica alheio às ações positivas do Estado. Ademais, o ativismo judicial surge como a solução, ferramenta de controle dos preceitos constitucionais e não como ameaça à ordem democrática. E para alcance do desígnio foi utilizada uma pesquisa de caráter bibliográfico, abrangendo obras doutrinárias, jurisprudências, artigos científicos e monografias que abordaram o tema.

Palavras-Chave: Ativismo Judicial. Estado Democrático de Direito. Políticas Públicas. Direitos Fundamentais. Separação dos Poderes.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba – Campus I.
Email: cicera_rafael@hotmail.com

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	A TRIAPARTIÇÃO DOS PODERES	10
3	ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SEU VÍNCULO COM O ESTADO DE DIREITO.....	11
4	POLÍTICAS PÚBLICAS.....	13
4.1	Políticas públicas e a relação entre a reserva do possível, mínimo existencial e princípio da razoabilidade.....	15
5	ATIVISMO JUDICIAL	18
5.1	Origem e conceito	18
5.2	Ativismo judicial e judicialização.....	20
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	22
	REFERÊNCIAS	24

1. INTRODUÇÃO

O Brasil passou por diversos modelos de Estado até a promulgação da Constituição Federal de 1988 quando rompeu com o modelo de Estado Liberal e enveredou pelo caminho do Estado Social. Desse modo, coube à Justiça Constitucional, vertente democrática e legitimadora, a função de manter a supremacia da Constituição, a defesa e a promoção dos direitos fundamentais, garantindo assim, por meio deste expediente a preservação e o resguardo de convicções básicas de um Estado Democrático de Direito.

Para tanto, alçou-se como princípio essencial a legitimação do Estado Brasileiro a separação dos poderes, fruto do desejo e intenção constituinte de estabelecer funções diferenciadas com escopo de salvaguardar o exercício dos direitos individuais e coletivos que são explicitados como prioritários em um Estado Democrático.

No entanto, denota-se o recorrente surgimento de direitos provenientes das transformações vivenciadas pela sociedade, e que esses cada vez mais demandam por políticas públicas, por conseguinte se agiganta também a falta de efetivação destas, pois a máquina pública já não suporta tamanho encargo, daí surge o dilema, a obrigação de garantidor do Estado versus as possibilidades do Estado dentro da reserva do possível, concretizando o ativismo judicial como sendo a solução excepcional para tal anomalia.

Entretanto, o que se observa, é que a efetivação das políticas públicas por intermédio do Judiciário vem se tornando algo corriqueiro, ganhando o status de legitimidade, o que para alguns representa uma ameaça à estabilidade da ordem constitucional. Quanto a isso não poderia o Supremo Tribunal Federal (STF) deixar de se pronunciar, para o qual, o Judiciário em caso de situações excepcionais pode determinar que a Administração Pública implante medidas assecuratórias de direitos reconhecidamente essenciais, sem que isso configure contrariedade ao princípio da separação dos Poderes. Estando, portanto, a administração pública e o Judiciário em grande desafio para conseguirem o equilíbrio, atuando literalmente nos limites da legalidade.

Deste modo, com intuito de colaborar para melhor esclarecimento da problemática em questão, valorando sua atuação, mas ressaltando o perigo do excesso do Ativismo Judicial, apresentando para tanto uma breve análise da legislação pátria a respeito do referido fenômeno. Logo, a escolha desse tema visa enfatizar os efeitos práticos e sua magnitude no sistema atual por representar grande relevância social e acadêmica, porque conduz de forma

veemente os liames constitucionais e apregoa a efetividade de seus ditames que são orientações que salvaguardam os direitos e garantias fundamentais.

O que faz com que o presente trabalho busque como objetivo principal a notoriedade do referido fenômeno e desmistificação a ideia de que vai de encontro com os ideais constitucionais que entabulam o Estado Democrático de Direito, já que dentro dos parâmetros de razoabilidade, o ativismo judicial é ferramenta de efetivação e implementação de tais ideologias.

Sendo assim, pretende-se responder as seguintes indagações: o ativismo judicial é uma ameaça à ordem constitucional e deve haver razoabilidade nessa atuação para que haja adequação com a sua essência? Existe conformidade com a atual situação social do País?

Destarte, de forma não pretensiosa, almeja-se a síntese desse tema, respaldando sua importância, pautando-se em pesquisa descritiva (posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais), base eminentemente teoria (análise de livros, artigos e jurisprudências sobre o tema) e método dedutivo. Com intuito de melhor satisfazer a inquietude quanto esse dilema.

2. A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Por se tratar de assunto de grande relevância, o tema separação dos Poderes é algo recorrente em considerações feitas por importantes pensadores e juristas ao longo da história, dentre os quais Platão, Aristóteles, Locke, Montesquieu, entre outros, originando o modelo tripartite atualmente conhecido. Porém, a consagração da teoria dos três poderes foi consagrada por Montesquieu em sua obra “O Espírito das Leis” que traz à tona parâmetros fundamentais da organização político liberal. E atualmente vigora, inclusive, como princípio constitucional no ordenamento jurídico brasileiro (art. 2º da CF/88) e no artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

O referido princípio foi erigido à categoria de cláusula pétreia na Carta Política de 1988 no artigo 60, § 4º, III, que entabula: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] a separação de poderes”. Buscando evitar que haja concentração absoluta de poder, prevalecendo a soberania, a autonomia e a independência entre Judiciário, Legislativo e Executivo. Porém, em certos casos faz-se necessário a intervenção de um poder no outro como base na ideia de freios e contrapesos (“*cheks and balances*”), que decorre da própria separação e da independência das funções desenvolvidas no âmbito do Estado, ou seja, limitação do poder pelo próprio poder.

Há quem afirme que o ativismo judicial viola a Teoria dos Três Poderes. Vejamos o que aduz Tavares (2010) em sua obra:

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

Deduz-se, contudo, deve haver razoabilidade para que haja autonomia necessária ao exercício pleno da função de cada poder, e ao mesmo tempo não dispensa a contenção de um pelo outro. De todo modo, cada poder tem a sua função primordial, dentre eles o Judiciário tem por atribuição maior o controle constitucional, no entanto, o que se observa é que este vem

ganhando destaque no cenário político, para suprir as reiteradas omissões do poder público, promovendo assim o crescimento do ativismo judicial, o qual por si só é capaz de conduzir a inquietude quanto a sua notoriedade frente ao princípio da divisão dos poderes, que questiona os limites ultrapassados e até onde pode ser visto sob a ótica de freios e contrapesos. O Judiciário, portanto, adentra em esfera alheia e de forma bastante ativa para conduzir políticas públicas, que mesmo em detrimento de previsões orçamentárias denegatórias têm sido postas em práticas por concessões judiciais.

3. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SEU VÍNCULO COM O ESTADO DE DIREITO

Cumprir observar que o “Estado de Direito” surge como resposta ao Estado Liberal e da necessidade de controlar o uso arbitrário do poder pelo Estado. Deste modo, a ideia de direitos fundamentais se pautava na filosofia política que imperou durante o século XVIII e começo do século XIX, o liberalismo político que se propôs a firmar os direitos naturais:

Esse era o direito de liberdade num dos dois sentidos principais do termo, ou seja, como autodeterminação, como autonomia, como capacidade de legislar para si mesmo, como antítese de toda forma de poder paterno ou patriarcal, que caracterizara os governos despóticos tradicionais (BOBBIO, 1992, p. 86).

O Estado Liberal não mais estaria alcançando o que se desejava, pois apesar de apregoar as liberdades e igualdades formais, na prática era totalmente diferente, a título de ilustração, poderia um trabalhador ter formalmente os mesmos direitos do seu patrão, mas não detinha o controle da situação, sendo assim, o subordinado não tinha direitos concretos, efetivos. E com o advento do Estado Social, o Estado começa a se inserir nessa relação, formalizando uma igualdade material, de modo que o empregado passou a ter seus direitos amparados pelo próprio Estado.

É evidente que a liberdade total não surtiu o efeito esperado, pois não foi suficiente para concretizar as liberdades alicerçadas em seus fundamentos, precisando assim da rigidez de controle estatal, havendo de certa forma uma inversão de ideais. Segundo palavras indubitáveis de Bobbio (1992), seria o Estado Moderno fruto justamente dessa inversão:

Primeiro liberal, no qual os indivíduos que reivindicam o poder soberano são apenas uma parte da sociedade; depois democrático, no qual são potencialmente todos a

fazer tal reivindicação; e, finalmente, social, no qual os indivíduos, todos transformados em soberanos sem distinções de classe, reivindicam – além dos direitos de liberdade – também os direitos sociais, que são igualmente direitos do indivíduo: o Estado dos cidadãos, que não são mais somente os burgueses, nem os cidadãos de que fala Aristóteles no início do Livro III da Política, definidos como aqueles que podem ter acesso aos cargos públicos, e que, quando excluídos os escravos e estrangeiros, mesmo numa democracia, são uma minoria (BOBBIO, 1992, p. 100).

Diante desse contexto, torna-se evidente que o Estado de Direito é um somatório de direitos de cunho “individualista” (incurso no Estado Liberal) e direitos sociais (inserido no modelo de Estado de Bem estar Social). Portanto, Estado Democrático de Direito implica em uma interpretação diferenciada do Direito que não apenas elenca direitos, mas representa uma vinculação jurídica do poder do Estado submetido ao Direito, pois segundo ensinamentos de Canotilho (2008), o que faltava era a legitimação democrática do poder. E por sua vez o elemento democrático busca legitimar o poder: a soberania popular diz de onde vem o poder e sem ela o Estado se torna “a-político”.

Nesse sentido, existe uma nova interpretação quanto à caracterização de “Estado de Direito”, havendo para tanto um diferente papel da constituição e do próprio Poder Judiciário, que busca nova forma de legitimação, relevantes são as seguintes palavras:

É que o Direito não somente exige aceitação; não apenas solicita dos seus endereçados reconhecimento de fato, mas também pleiteia merecer reconhecimento. Para a legitimação de um ordenamento estatal, constituído na forma da lei, requerem-se, por isso, todas as fundamentações e construções públicas que resgatarão esse pleito como digno de ser reconhecido (HABERMAS, 2003, p. 68).

Passando por todo esse processo transitório e que culmina no aperfeiçoamento da democracia, pois há em toda essa problemática o anseio de melhor adequar essa palavra ao seu sentido literal. E é nesse hodierno momento histórico brasileiro representa a consolidação da democracia. Justamente nesse âmbito que o Poder Judiciário angaria uma concepção política de proteção aos ideais democráticos, não apenas no que diz respeito a procedimentos eleitorais, mas na efetiva participação o que enseja o ativismo judicial, o que representa uma relação de compromisso entre Poder Judiciário e soberania popular, conforme ensinamentos de CITTADINO, 2000.

4. POLÍTICAS PÚBLICAS

Para melhor compreender o fenômeno do ativismo judicial é primordial falar um pouco sobre políticas públicas, estas que estabelecem objetivos e formulam soluções para deslindar problemas sociais de diversas áreas, como educação, meio ambiente, segurança, saúde, assistência social, habitação, transporte e Lazer, além de ocorrer no âmbito federal, estadual e municipal.

Cumprido ressaltar, que políticas públicas são metas, ações positivas do Estado que têm por finalidade atender o interesse social por meio de diretrizes e procedimentos que viabilizam a melhor relação entre a sociedade e o poder público. Para Secchi (2010) qualquer definição de política pública é arbitrária, pois não há consenso na literatura especializada sobre questionamentos básicos. E por concordar com essa opinião, devemos nos ater ao sentido que conduz o presente trabalho, qual seja a função de garantir a efetivação dos direitos sociais.

Para melhor situar esse estudo, faz-se oportuno destacar a precisa conceituação de políticas públicas de Oswaldo Canela Jr. (apud GRINOVER, 2008):

Conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário), que visam à realização de fins primordiais do Estado. Com toda atividade política exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar em qualquer situação, desde que comprovado, o que se convencionou chamar de “atos de governo” ou “questões políticas”, sob prisma do atendimento dos fins do Estado (GRINOVER, 2008, p. 11-12).

Desta forma, cabe ao Estado articular e ponderar as necessidades e as possibilidades para que possa atender alguns direitos sociais, mesmo que muitas vezes atenda uns em detrimento de outros, pois impossível seria o alcance total da realização dessas políticas. E é justamente na falha, nas restrições, no não cumprimento que dar-se margem à intervenção do Judiciário para viabilizar a implantação de políticas públicas que seriam inviáveis por meios corriqueiros.

Em conformidade com o mesmo contexto, destaca-se também o posicionamento de Sérgio Guerra (2010), para ele o controle de políticas públicas às modificações da função jurisdicional do Estado, que passou por transformações sociais, destaca:

Alta modernidade, modernidade experimental, pós-modernidade, reflexiva, processualizada, neocorporativa, mediática, sociedade global ou sociedade de riscos, sob os auspícios do constitucionalismo ou neoconstitucionalismo da teoria do direito. (GUERRA, 2010, p. 237).

Assim sendo, a busca por efetivação se torna cada dia mais árdua, pois diversos fatores contribuem para o não alcance de políticas ideológicas e muitas das vezes até as que têm previsão orçamentária ficam marginalizadas, e um grande entrave à efetivação das políticas públicas, se não o maior de todos, é a corrupção que assola o Brasil. Recentemente veio à tona o escândalo que envolve a Petrobrás, o qual foi capaz de movimentar toda a estrutura da economia, da política e de todos os demais setores.

No entanto, é apenas um demonstrativo da magnitude do problema, que se alicerça desde os primórdios históricos do País, de forma que não é nenhuma coisa extraordinária, mas que cada dia mais tende a provocar revoltas sociais, porque faltam recursos para realizar políticas públicas, entretanto, montões de dinheiro alimentam a ganância dos que corrompem.

Diante disso, é notório que a relação entre a sociedade e o poder público é de litígio, já que até necessidades básicas, com devida previsão constitucional, são mitigadas por aqueles teriam o dever de zelar pelo bem estar social e essas omissões consubstanciam o ativismo Judicial, sendo a medida paliativa encontrada para concretizar o que urge a sociedade.

Destarte, o Estado não cumpre satisfatoriamente com suas atribuições, pois apesar de toda a riqueza existente nesse país, urge a vulnerabilidade social que está vinculada à miséria estrutural fomentada pela falta de assistência e má distribuição de renda, causando assim um problema que ultrapassa os limites do núcleo familiar e perpassa para a generalização, pois se engana quem pensa que vive a salvo por se enclausurar em requintados condomínios, já que direto ou indiretamente todos pagam pela segregação econômica e pela falta de oportunidades.

Desta feita, é notório que falta oportunidade para todos, mesmo que diz respeito a direitos plausíveis e constitucionalmente assegurados, é dessa mazela que advém a inquietude social que procura satisfazer o que lhe é de direito, ou seja, sobra para o Judiciário usar de sua prerrogativa coercitiva interpor a condução da aplicabilidade de políticas públicas que são direitos fundamentais e por isso não podem prescindir de efetividade.

4.1. Políticas públicas e a relação entre a reserva do possível, mínimo existencial e princípio da razoabilidade

Como já referendado no corrente trabalho, o Brasil ao sair da égide do Liberalismo (direitos negativos) se firmou como Estado de Direito Social (direitos positivos), ou seja, o caráter de positividade exige ações práticas e efetivas estatais, sendo garantidor da aplicação dos direitos fundamentais. Contudo, para se efetivar esses direitos implica em significativos dispêndios econômicos.

No entanto, atualmente o País enfrenta um delicado momento nas suas finanças e que desponta uma das grandes recessões econômicas, isso dificulta ainda mais efetivação das políticas sociais. E é dentro deste contexto que surge a busca pela solução com a concepção da “Reserva do Possível” e dentro desta, a concepção do “Mínimo Existencial”. Dessa forma o conflito fica a cargo do Judiciário, que tende a buscar a solução mais adequada por meio da análise da questão.

Contudo, a positivação de direitos por si só não garante a concretude destes, porque faltam recursos. Para Canotilho (1991), a limitação de recursos públicos é um verdadeiro limite fático a efetivação dos direitos sociais prestacionais. E vê a efetivação desses direitos dentro de uma “reserva do possível”, onde condiciona essa efetividade à existência de recursos econômicos. Para essa doutrina, portanto, não bastaria a simples previsão legal para a prestação de direito, mas também a existência de recursos materiais à disposição, motivo pelo qual, conduz o entendimento que os juízes não teriam capacidade funcional suficiente para garantir a efetivação das prestações dos direitos sociais, já que a questão estaria alheia à esfera judicial.

Segundo entendimento de Ana Paula de Barcellos (2002, p. 236): “A expressão *reserva do possível* procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas”. De maneira objetiva, aduz que existe uma necessidade de respaldar a capacidade de atuação do Estado, pois este fica adstrito à previsão orçamentária, sem a qual fica difícil a realização de qualquer política social.

Destarte, não adianta haver previsão constitucional de direitos se não existir recursos para custear as despesas com a efetivação. As normas que aduzem direitos e garantias fundamentais, segundo o disposto no art. 5º, parágrafo primeiro, da Constituição Federal de 1988, possuem “aplicação imediata”. E para que haja a eficaz concretização se faz presente

mecanismos de controle de constitucionalidade de normas, sendo o Judiciário responsável por zelar os preceitos constitucionais ante ao descumprimento na prática social.

Por conseguinte a ideia do mínimo existencial que significaria um rol de direitos culturais, econômicos e sociais mais relevantes que integram a essência da dignidade da pessoa humana e por tamanha relevância deveriam ser sempre garantidos pelo poder público, autonomamente de recursos orçamentários. Seria, portanto, formado por condições materiais que assegurem a eficácia jurídica, base democrática e postulados humanistas, sendo a dignidade da pessoa humana o valor mais fundamental da ordem jurídica e a finalidade principal do Estado de acordo com preceitos da Constituição Federal de 1988. Como o referido princípio possui alçada livre para deliberação política, não precisa determinar todas as suas pretensões, mas tão somente o núcleo mínimo de efeitos pretendidos que estariam impostos ao cumprimento coativo.

Quanto a esse núcleo existencial, assegura Canotilho (1997, p.470) que todos têm direito a um “núcleo básico de direitos sociais”, ao “rendimento mínimo garantido”, o “subsídio de desemprego”, as “prestações de assistência social básica”, que seriam legítimos sociais, núcleo mínimo a fruição de qualquer direito. Desta feita, busca-se a efetivação daquilo que se mostra essencial e com amplitude suficiente para atingir todos os seus fins vislumbrados constitucionalmente.

Em suma, estamos diante de dois contrapontos que mantêm o equilíbrio no que diz respeito aos direitos fundamentais, já que por um lado tem-se a ideia que só se pode exigir do Estado o que está dentro de sua possibilidade financeira, e por outro, mesmo mantendo essa concepção tem que se observar o Princípio da Dignidade Humana que assevera a ideia do mínimo existencial, que pelo menos um núcleo mínimo de direitos tem que ser garantido em qualquer hipótese, mesmo sem previsão orçamentária.

Para Ricardo Lobo Torres (2009, p. 19), o fundamento do “núcleo ou ‘mínimo existencial’ está na prática e no exercício da liberdade do indivíduo, na proteção dos direitos humanos em sociedade e sua extensão abrange tanto direitos individuais quanto sociais de desenvolvimento humano”.

E é nesse âmbito que desponta o Judiciário como meio de atingir a efetivação de direitos fundamentais e conseguinte aplicação, conforme inseridos na Lei Maior, disso inicia-se o questionamento da viabilidade do Poder Judiciário interferir nos outros poderes em decisões concretas, argumenta-se pela inafastabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana. A título de ilustração vejamos a seguinte decisão que jurisprudencial que denota ares

de habitualidade e de tal modo ganha notoriedade, sendo apenas uma entre tantas de mesmo entendimento e que ponderam os sentidos de Reserva do Possível e Mínimo Existencial:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO A PESSOA PORTADORA DE CÂNCER DA TIREOIDE (CID C73). ANTECIPAÇÃO DE TUTELA JUDICIAL DEFERIDA. VEROSSIMILHANÇA E PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL COMPROVADOS. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE (ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). FÁRMACO NÃO-PADRONIZADO. DESIMPORTÂNCIA. OBRIGAÇÃO, MESMO ASSIM, DE FORNECÊ-LO. **TEORIAS DO "MÍNIMO EXISTENCIAL"** E DA "RESERVA DO POSSÍVEL", QUE NÃO PODEM SOBREPULAR O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E À VIDA. INEXISTÊNCIA DE COMANDO CONSTITUCIONAL OU INFRACONSTITUCIONAL QUE CONDICIONE O DIREITO À SAÚDE AO PATENTEAMENTO DA HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA DO DEMANDANTE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO. I. Na ação que visa ao fornecimento de medicação, sendo comum a competência dos entes federados (União, Distrito Federal, Estados e Municípios) e solidária a responsabilidade deles pelo cumprimento da obrigação, poderá o particular exigí-lo de qualquer dos coobrigados. II. Mesmo que não-padronizado o medicamento, uma vez demonstrada sua efetiva indispensabilidade, deve ser fornecido graciosamente pelo ente estatal demandado. III. As denominadas **teorias do "mínimo existencial"** e da "reserva do possível" não se prestam para negar efetividade à Constituição Federal e aos direitos fundamentais à saúde e à vida nela enunciados. IV. A rigor, inexistente comando constitucional ou infraconstitucional que sujeite o direito à saúde ao patenteamento da condição de pobreza ou de hipossuficiência financeira da parte que o requer do Estado, devendo-se seguir, em cada caso, o princípio da razoabilidade. (Agravo de Instrumento AI 220737 SC 2010.022073-7 /TJ-SC)

O princípio da razoabilidade que vem consagrado na Lei 9.784/1999, em seu art. 2º, o inciso IV do parágrafo único desse artigo determina que a Administração atenderá a “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público” Sobre o conteúdo jurídico do princípio da razoabilidade preceitua Celso Antônio Bandeira de Mello:

A Administração deve obedecer critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga de competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis -, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricionariedade manejada. (MELLO, 2004, p.99)

5. ATIVISMO JUDICIAL

5.1. Origem e conceito

Existe imensa inquietude e controvérsia quanto o termo e origem do ativismo judicial, discussão que permeia o cerne acadêmico e a sociedade como um todo. Porém a teoria mais aceita é a mesma lecionada por Luiz Roberto Barroso, segundo a qual, tal fenômeno teria surgido com a Suprema Corte Norte-americana quando da decisão que tendia a manter segregação racial, o que causou desconforto entre o Presidente Roosevelt e a referida corte, por contrariar interesses constitucionais, desta feita, a primeira decisão ativista teve caráter conservador.

Vale ressaltar, que o ativismo judicial se faz presente em muitos países, e varias cortes pelo mundo decidem questões e efetivam políticas públicas, Luiz Roberto Barroso elenca algumas atuações do Poder Judiciário nesta acepção:

“No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de Bush v. Gore. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment”.

(BARROSO, 2006)

E Elival da Silva Ramos, nos trás o seguinte conceito de Ativismo

Judicial:

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

Desta feita, em primeira perspectiva, o ativismo judicial é o fenômeno em que o Poder Judiciário sai do polo passivo para aderir uma atitude proativa, de forma a interpretar as orientações constitucionais e lhes proporcionando ampla efetividade e concretização de direitos fundamentais. É o Judiciário ultrapassando os limites comuns de sua competência e adentrando em esferas próprias de outros poderes. Contudo, devemos encarar essa manifestação como sendo uma resposta ao atual momento político da sociedade brasileira, assim como também acontece na maioria dos países onde se incorpora esse movimento.

Para professor Barroso, os adeptos do ativismo judicial agem, de maneira sucinta, pautando suas condutas nas seguintes possibilidades:

- a) da interpretação e adoção de novos princípios de hermenêutica que levam à aplicação direta dos ditames constitucionais inclusive naquelas situações não claramente aptas a receber tal regulação, prescindindo inclusive de existência de norma infraconstitucional;
- b) de declaração de inconstitucionalidade de atos normativos com base em critérios mais elásticos, desprendidos da noção de afronta direta e cristalina à Carta Política;
- c) da imposição de condutas ou de omissões ao Poder Público, inclusive em questões de políticas públicas, adentrando na discricionariedade administrativa pura, classicamente não atacada pelo Poder Judiciário - traço marcante do nosso sistema. (BARROSO, 2009).

Por outro lado, um fenômeno que carrega tanta peculiaridade não poderia ficar a salvo de ferrenhas críticas, apesar, que nenhuma delas é capaz de enfraquecer ou minorar essa constante atuação dos ativistas, porém são muito importantes para legitimar o próprio movimento. E a primeira delas é a que se trata de violação ao sistema democrático, argumentando que não existe legitimidade nas decisões e vinculações vindas do ativismo judicial, pois juízes e demais membros do Judiciário não são eleitos pelo povo.

Disso surgem as maiores críticas, pois o ativismo efetivamente cria normas, com a mesma materialidade das criadas pelo Poder Legislativo, para eles se trata de usurpação de competência, inversão lógica do regime democrático e do sistema republicano. E obviamente que carrega sentido, mas que uma análise minuciosa desqualifica essa ideia, já que o juiz não mais realiza atividade estática, pois a lei, o texto, não deve, absolutamente, ser confundido com a norma. Esta é formada tendo como base a lei e o texto, sim, mas a interpretação é que representa o seu acabamento.

Posto que, a visão “kelseniana” pura da norma jurídica foi superada e a tendente a visão de ato complexo, cuja plenitude depende de criação pelo Legislativo e interpretação pelo Judiciário, sendo inexistente qualquer alteração, pois o julgador é elemento criador da norma. E a legitimidade desse poder lhe é legada pela própria Carta Maior para exercer a

jurisdição, assim como atribui ao STF a égide de guardião ditames constitucionais. O que garante a legitimidade do Poder Judiciário para ditar comandos referendados pela Constituição Federal.

Diante dessa conformidade não resta espaço para se assolar com qualquer suposta ameaça ao regime democrático, estando prevista pela própria Constituição essa atuação, claro que devidamente adequada e sem cair no exagero. Por conseguinte o conceito de democracia não subsistirá se o respeito à vontade das majorias tirar os direitos das minorias, não poderia só a maioria decidir em nome de todos, deliberação assim não teria nada de democrática, equiparando-se aos tradicionais regimes ditatoriais. O Judiciário, deve se aliar à política para assegurar a vontade referendada na Lei Maior, seus preceitos, valores e ditames, ainda que tal decisão seja oposta à majoritária vontade social.

Esse fenômeno deve ser visto como o zelador de preceitos constitucionais e não como a ameaça que muitos a desenha, por ser ele o único capaz de conduzir à plena efetividade da Constituição, claro, que dentro dos limites permitidos, e dando as respostas esperadas por toda a sociedade que urge pela concretude de seus direitos fundamentais. Não é, portanto, um ato de capricho, mas de extrema necessidade.

5.2. Ativismo judicial e judicialização

Para melhor compreender o instituto do ativismo judicial se faz de valorosa importância começar diligenciando a respeito do que lhe difere da judicialização, que apesar de similares, são fenômenos distintos. A judicialização, este brota do paradigma da Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, o qual permite pleitos de alcance político e moral possam vir em formas de ações judiciais. Porque não decorre de discricionariedade do Judiciário, mas sim do constituinte.

Contudo, o ativismo judicial, explicita perspectiva do intérprete, uma maneira proativa e reflexiva de interpretar a Constituição, viabilizando um alcance maior de suas normas, além do legislador ordinário. É a maneira encontrada para desviar o processo político majoritário quando inerte. É evidente que ambos os institutos podem representar ameaças à legitimidade democrática, pelo excesso de politização da justiça e também pela falta de capacidade institucional do Judiciário para deliberar certas matérias.

Destarte, para melhor delinear essa distinção, nada mais oportuno que transcrever as renomadas palavras do Ministro Luiz Roberto Barroso, que de forma brilhante diferencia

essas expressões que por muitos são tidas como sinônimas, atribuindo o seguinte sentido ao ativismo judicial:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais (BARROSO, 2009, p. 03).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho tentou de maneira singela trazer à baila aspectos do ativismo judicial, e sua função de atender os anseios por direitos fundamentais, procurou se pronunciar sobre discussões que circundam esse tema e também ovacionar sua primordial função de controle das diretrizes organizacionais, ressaltando-se o perigo do excesso, mas atribuindo ao Poder Judiciário status de proativo e defensor contra os desmandos estatais.

É perceptível que esse fenômeno trouxe indiscutíveis transformações no direito como um todo, por ser mais uma ferramenta que fomenta a democracia e consubstancia o Estado Democrático de Direito. O Judiciário em sua tendência ativa ultrapassa os limites de suas típicas funções e adentra de forma robusta em competências dos outros poderes, para efetivar direitos fundamentais.

Contudo, o ativismo judicial e toda a sua benevolência que possibilita a concretude de direitos constitucionalmente assentados, controle das políticas públicas e implementação destas por meio de decisões judiciais, ainda provoca perquirições sobre a sua legitimidade e o limite de sua atuação sem que haja afronta à soberania da Separação dos Poderes, delimitação essa que ampara a base democrática. O que restou definido que não há atrito, desde que exista razoabilidade, pois por meio desse fenômeno busca-se a adequação e conformidade com preceitos constitucionais.

Demanda-se, portanto, reconhecer a relevância desse intervencionismo, pois existem casos em que necessita o agir do Judiciário, quando, por exemplo, diante de questões em que o legislador se encontra incapaz de solucionar e nos mostra a abordagem da norma constitucional, ou seja, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário.

Ademais, enfatizou-se a importância desse controle para garantir a efetivação de direitos essenciais, assim como buscou salientar a magnitude dos problemas que encadeiam o cenário social desastroso desse país, fazendo com que a cada dia mais a sociedade busque por alternativas como essa, que de certa forma maquam os defeitos do sistema, mas que são extremamente necessários.

Cumpre-nos salientar que essa atuação do judiciário é solução e não problema, mas essa expansão não pode desviar a atenção da real disfunção que permeia a democracia brasileira, como a crise de representatividade, de legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Há, portanto, uma iminente necessidade de reforma política que não pode ser

feita por juízes. Desse modo, quando o Estado é coagido a atender certa demanda que não detinha expressa previsão, implica dizer que os custos cobrirão necessidades em detrimento de outras, sendo assim, constantemente existirá insatisfação.

Por fim, chegamos à conclusão que devemos comungar da ideia que o ativismo judicial é “sinônimo” de adequação, pois viabiliza a concretude de direitos fundamentais que são as bases do Estado Democrático de Direito, ou seja, busca efetivar os preceitos constitucionais pelo respaldo da eloquência da própria Constituição Federal.

ABSTRACT

With the promulgation of the federal constitution in 1988 it was firmed the democratic regime, uplifting the public politics to the category of fundamental rights. Nevertheless, the embodiment of these rights was made by the Government, who is not doing in a satisfactorily way. Thus, emerges the activism as a means found to effectuation of the public politics (health, education, security and environment), therefore, this phenomenon arises as a way to meet the social needs that marginalize assured constitutionally guaranteed rights. However, the question should be observed from the perspective of Power Separation. Pondering for the conception of possible reserve with the existential minimum, so that, there is balance and reasonableness of this manifestation. Therefore, this paper intends to present in a objective way the judicial activism institute, which has diversified nature, however, the major goal in this study is the actuation of the judicial system to reach the social rights while making a due observance to the danger of excessive militarism that supports, which is oblivious to the positive actions of the state. Furthermore, the judicial activism comes as the solution, control tool of the constitutional provisions and not as a threat to democratic order. And to archieve the purpose it was used a bibliographic research, covering doctrinal works, jurisprudence, scientific articles and monographs that addressed the issue.

Keywords: Judicial Activism. Democratic state. Public Polic. Fundamental Rights. Separation of Powers.

REFERÊNCIAS

- BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.236.
- BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 05 de junho de 2015.
- BRASIL. **Constituição Federal**. 17.ed. São Paulo: Saraiva; 2014.
- BOBBIO, N. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991. p.131e 470.
- GUERRA, Sérgio. A regulação como nova categoria do direito administrativo econômico. In: CUNHA, José Ricardo (Org.). **Poder Judiciário: novos olhares sobre gestão e jurisdição**. Rio de Janeiro: FGV, 2010.
- HABERMAS, J., HÄBERLE, P. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, J.; MOREIRA, L.(Org). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003, p. 67-82.
- JUSBRASIL. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=TEORIA+DO+MINIMO+EXISTENCIAL>. Acesso em 02 de junho de 2015.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 99.
- SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2010. 133 p
- SILVA, Enio Moraes da. **O estado democrático de direito**. a.42 n. 167. Brasília: Revista de Informação Legislativa, jul/set 2005, p. 216.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

