

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO POLÍTICA: ESTUDO
SOBRE A UTILIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO
INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS

JOÃO HENRIQUE CAMPOS PITA

Rio de Janeiro

2019.1

JOÃO HENRIQUE CAMPOS PITA

**ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO POLÍTICA: ESTUDO
SOBRE A UTILIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO
INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Luigi Bonizzato**.

Rio de Janeiro

2019.1

Pita, João Henrique Campos

P681 Ativismo judicial e judicialização política: estudo sobre a utilização do Poder Judiciário como instrumento de garantia dos direitos sociais / João Henrique Campos Pita. - - Rio de Janeiro, 2019.
65 f.

Orientadora: Luigi Bonizzato.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. Ativismo judicial. 2. Judicialização da política. 3. Direitos sociais. 4. Direitos fundamentais. 5. Poder Judiciário. I. Bonizzato, Luigi, orient. II. Título.

JOÃO HENRIQUE CAMPOS PITA

**ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO POLÍTICA: ESTUDO
SOBRE A UTILIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO
INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Luigi Bonizzato**.

Data da Aprovação: ____ / ____ / 2019.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Luigi Bonizzato
Faculdade de Direito da UFRJ

Membro da Banca

Membro da Banca

**Rio de Janeiro
2019.1**

Dedico este trabalho às três mulheres da minha vida, Creusa, Mariana e Lorraine. Todas as minhas vitórias possuem uma contribuição de vocês, pois cada uma, de sua maneira, colaborou com apoio, incentivo, carinho, companheirismo e amor. Vocês são as paixões do meu coração, os eternos amores da minha vida.

RESUMO

PITA, João Henrique Campos. Ativismo judicial e judicialização da política: estudo sobre a utilização do Poder Judiciário como instrumento de garantia dos direitos sociais. Dissertação (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

O presente trabalho refere-se à análise da incidência dos fenômenos denominados como Ativismo Judicial e Judicialização na realidade brasileira, conforme uma conjuntura de necessidade de se concretizar direitos sociais, relacionando-os com os direitos fundamentais, previstos pela Constituição Federal de 1988, com destaque ao questionamento sobre a legitimidade das decisões judiciais em âmbito político. Propõe-se uma discussão acerca da inércia e da omissão do Poder Executivo e do Poder Legislativo, determinantes para uma atuação ativa dos magistrados frente a insuficiência dos poderes políticos em efetivar direitos e consumir políticas públicas capazes de suprir as demandas da sociedade. Faz-se imperioso pensar sobre as soluções judicialmente encontradas para a ausência de prestações do Estado, bem como do descumprimento de garantias constitucionalmente estabelecidas, não esquecendo de mencionar a respeito da legitimidade dessa atitude judiciária frente a ausência de participação popular na escolha de membros do Poder Judiciário. A metodologia da pesquisa caracteriza-se como do tipo descritiva e aplicada com uma abordagem predominantemente analítica, promovendo a análise da atividade proativa do Poder Judiciário em relação às políticas executivas e legislativas, que de uma forma geral, impactam na realidade jurídica e social brasileira.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Judicialização da política; Direitos sociais; Direitos fundamentais; Poder Judiciário.

ABSTRACT

PITA, João Henrique Campos. Judicial activism and judicialization of politics: study on the use of the judiciary as an instrument for guaranteeing social rights. Dissertation (Law Degree). Faculty of Law, Federal University of Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

The present work refers to the analysis of the incidence of the phenomena denominated as Judicial Activism and Judicialization in the Brazilian reality, according to a conjuncture of the need to concretize social rights, relating them with the fundamental rights, foreseen by the Federal Constitution of 1988, with emphasis to questioning the legitimacy of judicial decisions in the political arena. It is proposed a discussion about the inertia and omission of the Executive Branch and the Legislative Branch, which are decisive for the active participation of magistrates in the face of the insufficiency of the political powers to enforce rights and consummate public policies capable of meeting the demands of society. It is imperative to think about the remedies judicially found for the absence of state benefits, as well as non-compliance with constitutionally established guarantees, not forgetting to mention the legitimacy of this judicial attitude against the lack of popular participation in the election of members of the Power Judiciary. The research methodology is characterized as descriptive and applied with a predominantly analytical approach, promoting the analysis of the proactive activity of the Judiciary in relation to executive and legislative policies, which in general affect Brazilian legal and social reality.

Keywords: Judicial activism; Judicialization of the policy; Social rights; Fundamental rights; Judicial Power.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO..... | 9 |
| 2. DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988..... | 13 |
| 2.1. HISTÓRICO BREVE..... | 13 |
| 2.2. CONCEITO..... | 18 |
| 2.3. OS DIREITOS SOCIAIS SÃO MESMO DIREITOS FUNDAMENTAIS?..... | 23 |
| 2.4. OS DIREITOS SOCIAIS COMO CLÁUSULAS PÉTREAS..... | 28 |
| 3. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: EXISTE ALGUMA RELAÇÃO?..... | 33 |
| 3.1. JUDICIALIZAÇÃO: CONCEITO E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS..... | 33 |
| 3.2. ATIVISMO JUDICIAL: CONCEITO E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS..... | 37 |
| 3.3. ATIVISMO JUDICIAL X JUDICIALIZAÇÃO: DIFERENCIAÇÕES..... | 41 |
| 3.4. ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E A PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO CAUSA DE UM JUDICIÁRIO ONIPOTENTE..... | 45 |
| 4. CAUSAS QUE IMPULSIONARAM O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL..... | 50 |
| 5. A NECESSIDADE DE DISCUTIR O ATUAL MODELO DE TRIPARTIÇÃO DE PODERES E A LEGITIMAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL E DA JUDICIALIZAÇÃO..... | 56 |
| 6. CONCLUSÃO..... | 60 |
| REFERÊNCIAS..... | 63 |

1 – INTRODUÇÃO

Desde a instituição da Constituição Federal de 1988 a ordem constitucional em geral, garantida por uma sólida soberania institucional, encontrou momentos de quebra de certos paradigmas. Ocorre que, a Constituição assume um vasto conjunto de compromissos sociais que, em momentos de crise – seja ela econômica, social ou de decadência e legitimidade, deixam de ser priorizados, ocasionando lacunas normativas que se agravam ainda mais com a omissão legislativa. Tal desarmonia atinge as políticas públicas de inclusão social e promoção do mínimo existencial constitucionalmente previsto.

Diante das dificuldades que enfrentam o Poder Legislativo e, principalmente, o Poder Executivo, em concretizar tais prerrogativas, o Poder Judiciário é convidado a intervir para promover estes compromissos sociais protegidos pela Constituição e materializá-los através de políticas públicas, ou por vezes, através de intervenção de políticas propostas pelo executivo que entender não pertinentes ou condizentes com os valores constitucionais.

A sociedade brasileira assiste uma crescente presença do judiciário em decisões de grande apelo nacional. Cada vez mais decisões de juízes ganham espaço na mídia brasileira, em destaque aquelas promovidas pela Suprema Corte, seja em casos de corrupção ou em situações como aborto e uniões homoafetiva.

Este protagonismo judicial surge como característica de um fenômeno jurídico contemporâneo: o neoconstitucionalismo. Esta atividade trata-se de um movimento que visa revalorizar o direito constitucional com base em novas premissas, de uma nova abordagem para a constituição no ordenamento jurídico, com o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais e da força normativa, com o propósito de atingir o estado constitucional. Esta movimentação apareceu primeiro na metade do século XX. Como bem preceitua o ministro Luiz Roberto Barroso (2007, p. 34) ao identificar o crescimento da judicialização de questões políticas e sociais como sendo resultado do somatório de fatores como a “constitucionalização”, o “aumento da demanda por justiça” e “ascensão institucional do Judiciário”.

No mesmo sentido, Miguel Carbonell (2010, p. 153), entende que o neoconstitucionalismo atraiu três transformações ocorridas dentro do chamado “Estado Democrático de Direito”, a saber, o surgimento de novos textos constitucionais, com suas

próprias particularidades, o desenvolvimento de novas teorias constitucionais e as alterações nas práticas jurisprudenciais.

Com efeito, sobre esta proatividade judiciária e o neoconstitucionalismo, Daniel Sarmiento¹ se manifesta criticamente assim:

“Enfim, o neoconstitucionalismo brasileiro tem pecado por excesso, depositando no Judiciário expectativas que ele nem sempre terá como atender de forma satisfatória. Um dos efeitos colaterais deste fenômeno é a disseminação de um discurso muito perigoso, de que voto e política não são tão importantes, pois relevante mesmo é a interpretação dos princípios constitucionais realizada pelo STF. Daí a dizer que o povo não sabe votar é um pulo, e a ditadura de toga pode não ser muito melhor do que a ditadura de farda.”

O denominado controle judiciário, ou judicial, é o controle realizado pelos órgãos do Poder Judiciário, no exercício da sua atividade jurisdicional, sobre os atos administrativos realizados pelo Poder Executivo, dentre os quais estão os atos administrativos editados no desempenho de função administrativa.

O controle judiciário obrigatoriamente deve observar apenas a legalidade ou legitimidade dos atos administrativos e jamais o mérito administrativo, devendo sempre configurar como um controle corretivo e posterior ao ato praticado. O Poder Judiciário sempre age mediante provocação do interessado ou do legitimado, como em casos de ação popular ou ação civil pública, onde o direito lesado provém da sociedade e do coletivo.

Por não se admitir apreciação do mérito administrativo pelo judiciário, não faz sentido o juiz, no exercício de sua atividade jurisdicional, substituir de acordo com o seu entendimento a ótica do administrador, por estar distante da realidade e da conveniência administrativa. Ou seja, se o juiz pudesse decidir sobre a legitimidade das necessidades e prioridades da administração pública dentro da sua competência dos atos dicionários, estaria ele substituindo o administrador que deu início a prática do ato e que vivenciou a situação que motivou sua realização, por uma avaliação dele, juiz, que teoricamente está distanciada do cotidiano da administração pública.

¹ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidade. In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L.; OLIVEIRA, F. (Org.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

A moderação dos atos administrativos mediante o exercício do controle judiciário só poderá decretar a sua anulação, nunca a revogação, uma vez que não se julga o mérito. É válido destacar que a vedação que pugna o Poder Judiciário em não apreciar o mérito administrativo não possui qualquer relação com a possibilidade da sua aferição da legalidade dos atos da administração.

Contudo, os atos administrativos discricionários podem ser amplamente controlados pelo Poder Judiciário, dentre a sua legitimidade e legalidade. Por exemplo, um ato discricionário executivo pode ser anulado judicialmente por vício de competência, de forma (caso não seja atendida a formalidade exigida legalmente para a validade do ato), de motivo, de objeto (na hipótese de ato praticado com conteúdo não previsto em lei) ou por desvio de finalidade. O controle da proporcionalidade e da razoabilidade pelo judiciário possibilita a anulação dos atos discricionários práticos fora da esfera de mérito administrativo legalmente estabelecido.

No exercício da função administrativa o judiciário poderá até mesmo revogar atos discricionários que ele mesmo tenha editado, caracterizando-se como controle administrativo e não como controle judicial, uma vez que ele estará atuando como administração pública, diversamente do exercício de função jurisdicional. Sempre que provocado o Poder Judiciário pode anular atos administrativos, vinculados ou discricionários, quando estes apresentarem vícios de legalidade e legitimidade.

Uma regra básica do ordenamento jurídico brasileiro está presente no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, o chamado Princípio da Inafastabilidade de Jurisdição, no qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Dentre as ações judiciais para controle de atos da administração pública, o judiciário possui em seu rol instrumentos como o habeas corpus, o habeas data, o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, entre outros.

A rigor, este rol de instrumentos disponíveis para ações judiciais não é exaustivo, e sim exemplificativo, uma vez que todos os pronunciamentos do Poder Judiciário sobre ato da administração pública se configurarão como controle judicial.

Em tempos atuais, observa-se uma dificuldade na efetivação de políticas públicas e executivas de forma geral, consequentemente, de garantias mínimas da sociedade brasileira e da própria constituição.

Embora possa existir a ideia de que o ativismo judicial e a judicialização de políticas públicas aproxime a sociedade de sua constituição vigente, este fenômeno deve ser regulamento e limitado. Sendo assim, seu aparecimento deve ser excepcional e não servir de espaço privilegiado para discussão de questões que são tradicionalmente de natureza política, sem o risco de subtrair do povo o seu momento de debater e manifestar-se sobre temas sociais de seus interesses.

Por meio de um complexo conjunto de fundamentos e de construção de ideias quanto à interferência e controle do Poder Judiciário dos atos administrativos é que se torna importante o questionamento quanto aos seus limites, desta forma insta decifrar uma problemática: qual é o limite do ativismo judicial ou da judicialização frente as políticas do Poder Executivo?

Desta forma, a presente pesquisa tem como escopo analisar as interações entre a atuação do judiciário no seu exercício da jurisdição constitucional, bem como os atos do legislativo e principalmente do executivo, sob uma perspectiva de fortalecimento da democracia e de um sistema de separação dos poderes.

Neste contexto de relação entre poderes estatais e da existência de um Sistema de Freios e Contrapesos, esta pesquisa buscará estudar se a postura ativista e progressista do Poder Judiciário, principalmente do Supremo Tribunal Federal, não obstrui o amadurecimento da democracia brasileira, sobretudo os seus impactos causados dentro da sociedade, diante de uma morosidade ou ineficiência do Poder Executivo e do Poder Legislativo, aqueles escolhidos pelo voto popular.

2 – DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1 – Histórico breve

O sentido de Constituição compreendida atualmente como sendo o ato normativo fundamental de qualquer sociedade política organizada, que rege e define as normas fundamentais que conduzem o Estado, é, de certo modo, recente. Foi na Inglaterra onde surgiu como premissa básica e imprescindível à vida social efetiva, os valores da liberdade política e a igualdade social. Com a Primeira Guerra dos Barões, ocorrida entre dos anos de 1215 e 1217, em um conflito civil no Reino da Inglaterra entre um grupo de barões rebeldes e o rei João de Inglaterra, surge o que muitos consideram como um dos primeiros capítulos da Constituição do Reino Unido. O então rei conhecido como João Sem-Terra, fora obrigado a assinar a Magna Carta, em 1215, no qual delimitava o chamado poder soberano, impedindo que o poder dos monarcas da Inglaterra fosse exercido de forma absoluta, bem como fixava determinados direitos fundamentais, dentre eles a liberdade de religião e o devido processo legal para crimes contra a vida. Cabe mencionar que esses direitos não incidiam sobre escravos.

Anos mais tarde, em 1628, um documento elaborado pelo Parlamento da Inglaterra denominado por *Petition of Rights*², trouxe o efetivo cumprimento dos direitos elencados na Magna Carta de 1215, ratificando tais direitos fundamentais nela contidos.

O Parlamento inglês também aprovou a *Bill of Rights*³, conhecida como a Declaração de Direitos de 1689 e criada após a Revolução Gloriosa, foi um importante passo para se aproximar do Conceito de constituição vigente nos dias atuais, uma vez que este foi o primeiro documento oficial que buscou garantir a participação popular por meio de representantes parlamentares, rompendo com a base política da época, regida por uma monarquia soberana. Note-se que com o decorrer dos anos, o Parlamento da Inglaterra limitando e moldando o poder contido pelo rei, condicionando-o ao próprio parlamento, ao mesmo tempo que expandia a liberdade dos cidadãos.

A partir do século XVIII, muitos foram os documentos que influenciaram nos direitos

² BAMFORTH, Nicholas, "Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act 1998", Public Law, 1998, p. 572-58

³ Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 6, 2005, p. 543-544.

fundamentais existentes nas constituições modernas a Declaração do Bom Povo da Virgínia, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789 e a Convenção Interamericana dos direitos humanos, o conhecido e adotado pelo Brasil, Pacto de São José da Costa Rica.

A grande maioria da doutrina por todo o mundo considera a Constituição dos Estados Unidos da América, promulgada na Convenção da Filadélfia em 1787, como a primeira carta escrita e verdadeira de declaração de direitos, seguida pela Constituição da França de 1791, famosa por ser conhecida como Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Apesar de serem documentos que possuíam como ideia primária o rompimento da autocracia absolutista, o fito finalístico era, sobretudo, assegurar direitos sociais e humanos para seus cidadãos.

A Revolução Francesa foi um capítulo da história de muita importância para a presença de direitos sociais nas constituições e para o direito moderno. A miséria devastava a população enquanto a monarquia se encontrava regrada pelo luxo, revoltando a burguesia e os comerciantes, que já sofriam com pesadas cargas tributárias. Como dito anteriormente, o primeiro objetivo da revolução era superar o regime absolutista. Sendo assim, segundo Jean Rivero e Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴, é possível identificar, na declaração de 1789, a reação quanto aos abusos da alta classe. Como preceitua Rivero, é possível reconhecer uma atuação frente às *lettres de cachet* – instrumento pelo qual o rei mandava prender qualquer cidadão – superando assim, prisões abusivas ao mesmo tempo em que inculcia a garantia do direito à segurança individual.

O ilustríssimo Luis Roberto Barroso⁵, sobre as reformas contra os privilégios do absolutismo e da aristocracia durante a Revolução Francesa, destaca as seguintes reformas produzidas neste período: abolição do sistema feudal; a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão; a elaboração de uma nova Constituição, finalizada em 1791; e a chamada constituição civil do clero.

Toda essa mobilidade em torno dos direitos sociais provocou enorme influência nas constituições que surgiram depois em diferentes países, onde cada vez mais se repetiram as

⁴ RIVERO, Jean. *Libertés publiques*, v. I, Paris: PUF, 1973, p. 52 e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, **Curso de direito constitucional**, 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 248.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 26.

declarações dos direitos humanos.

A afirmação dos direitos fundamentais, dentre eles os direitos sociais, bem como sua presença nas mais diversas constituições ao longo dos anos, nada mais é que a consequência de um longo processo histórico de formulação.

Essa movimentação histórica, no entendimento de Norberto Bobbio⁶, preceitua que a afirmação dos direitos do homem provém de uma radical mudança de perspectiva e compreensão de mundo e dos direitos sociais, característica essencial da formação do Estado moderno. Ainda, ensina que os direitos do homem adquirem suma importância quando se desprende do Estado para os cidadãos o papel principal na relação entre esses dois atores. Não diferentemente é a visão de Gilmar Ferreira Mendes⁷, no qual entende que essa mudança histórica “permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, a imperativos de coerência lógica”.

Quando a relação entre Estado e cidadão é completamente modificada, onde se reconhece primeiramente os direitos de qualquer indivíduo, para depois assentir seus deveres perante o Estado, bem como que os direitos do Estado visam o objetivo de zelar e proteger os interesses dos cidadãos, os direitos fundamentais se tornam relevantes para a sociedade.

Com o surgimento do constitucionalismo, em meados do século XVIII, os direitos fundamentais passaram a representar a principal garantia dos cidadãos de que o Estado e guiará pelos preceitos do respeito da pessoa humana, da liberdade e da igualdade entre indivíduos.

Chega-se à uma época em que os direitos sociais se vinculam, sobretudo, com a proteção aos trabalhadores. Com as cidades cada vez mais industrializadas e frente ao progresso desenvolvimentista que passa pela Europa, surge a necessidade de tutelar os direitos daqueles que trabalhavam nas indústrias e da classe operária. O avanço do capitalismo industrial provocou um descontentamento da população mais pobre com as desigualdades sociais e econômicas geradas por esse processo de ‘desenvolvimento global’. Neste contexto de

⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 307-308.

marginalização social nas grandes cidades junto à conscientização pelos direitos sociais, foi promulgada a “Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos”, no México, em 1917, com seu destaque para a proibição da reeleição de Presidente da República, a ruptura com a influência da Igreja Católica, a difusão da educação pública gratuita, direitos e proteção para os trabalhadores, bem como garantias individuais e políticas em geral.

Acerca da evolução das garantias e direitos sociais, a Constituição Mexicana é reconhecida como a primeira “a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos” (Comparato, 2007, pág. 178).

A aparição do Estado Social surge em contraposição com o Estado Liberal, que tinha como escopo a garantia das liberdades individuais, trouxe um novo rumo para as diretrizes constitucionais, através da inserção de uma nova categoria de direitos nas constituições. Com isso, as normas constitucionais se afastam do seu caráter meramente passivo e passa a assumir uma postura mais ativa, com novas atribuições acerca da proteção do indivíduo.

O grande avanço industrial atrelado ao enorme crescimento populacional revelou as amplas disparidades sociais nas grandes cidades, levantando o questionamento sobre o descaso estatal com as questões sociais e suas reivindicações, provocando o Estado a assumir essa postura ativa na esfera da justiça social.

Nessa conjuntura, as constituições passam a tratar os direitos sociais conforme garantias que requeiram condutas estatais positivas, afastando a ideia liberal de um Estado pouco atuante na esfera particular do cidadão. Com o Estado Social, as normas constitucionais passam a referir-se sobre planejamentos que visem o bem-estar social, como uma ação de competência do Estado, em caráter de orientação da atividade estatal.

É no século XX que os Estados passam a tratar os direitos sociais de uma forma especial, consagrando-os em um número expressivo de constituições pelo mundo todo. Ultrapassando a visão estabelecida pelo liberalismo, de caráter individualista, o Estado passa a intervir diretamente na sociedade, criando a conjuntura material dessa premissa propositiva e atuante,

ora suprimida pelo modelo do Estado Liberal. Nesse sentido, José Afonso da Silva⁸ conceitua esses direitos como:

“(...) prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade”.

Sob este novo prisma, as primeiras declarações solenes com a presença dos direitos fundamentais e, conseqüentemente dos direitos sociais, foram a Constituição Mexicana (1917), a Constituição de Weimar (1919) e a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado (1918). Sendo assim, na incidência dessas normas constitucionais, o Estado passa a interceder diretamente na ordem econômica e social, buscando minimizar as problemáticas sociais através de prestações positivas.

No Brasil, a primeira Constituição a tratar os direitos sociais com um título exclusivo, foi a de 1934, com o “Título IV”, ao tratar da ordem econômica e social. Com forte influência da Constituição Mexicana de 1917, a Constituição da Espanha de 1931 e sobretudo, da Constituição de Weimar de 1919, concebeu uma expressiva conscientização de direitos sociais, sob a proposta de assegurar a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico da nação. Desde então, todas as constituições brasileiras trataram dos direitos sociais.

A Constituição de 1934 decretou que todos os cidadãos possuem direito a educação (artigo 149), com a obrigatoriedade de ensino primário gratuito, bem como a tendência a gratuidade do ensino ulterior ao primário, presente em seu no artigo 150, § único. Estas não foram as únicas preocupações sociais da mencionada Constituição, dentre outras, destaca-se o tratamento das garantias trabalhistas como norma constitucional, estabelecendo normas de proteção social do trabalhador (artigo 121).

Já em 1988, houve a promulgação da atual Carta Magna do Brasil, a chamada “Constituição Cidadã”. Conforme explica José Afonso da Silva (2001, p. 90), este apelido foi carinhosamente recebido pela Constituição porque para a sua elaboração houve participação popular e, especialmente, porque ela se volta para a plena realização da cidadania.

⁸ AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32^a ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 286.

Com a constituição de 1988 os direitos sociais ganham um enorme destaque, nunca antes exposto na história brasileira. Em seu Título II, Capítulo II, estabelece conforme o artigo 6º, que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

O escopo da Constituição de 1988 demonstra a preocupação pela promoção do bem-estar social, da igualdade e do desenvolvimento da sociedade em geral, buscando promover as garantias sociais como direito de todo e qualquer cidadão, através de um Estado atuante, como um ente com objetivos a serem perseguidos.

2.2 – Conceito

Antes de esclarecer o que são direitos sociais, devesse entender o conceito de direitos fundamentais. Comumente, a doutrina costuma classificar os direitos fundamentais em dimensões ou gerações, sendo o primeiro termo mais usado. Porém, não é unânime dentro da própria doutrina a quantidade dessas dimensões, cabendo-se abordar brevemente cinco delas.

Os direitos fundamentais de 1ª dimensão compreendem as liberdades públicas, configurando os direitos civis e políticos, o direito à expressão, à locomoção e à vida, bem como consumando o princípio da liberdade. Uma característica marcante dos direitos dessa dimensão é que eles não exigem do ente estatal uma prestação, e sim uma, acolhendo um caráter negativo, afinal, o titular é o indivíduo e não o Estado. Em suma, estes são direitos oponíveis ao Estado, que visam prevenir eventuais desmandos ou exercício irregular do poder estatal.

Não à toa a essência desses direitos sejam as liberdades individuais, uma vez que surgem inicialmente com o pensamento liberal da burguesia europeia do século XVIII. O primeiro documento que apresentou e instituiu estes direitos foi a Magna Carta de 1215, assinada pelo rei João Sem Terra, da Inglaterra. Entre outros documentos importantes que representam esta geração tem-se, a Paz de Westfália (1648), o *Habeas Corpus Act* (1679), a *Bill of Rights* (1689), a Declaração de Direitos de Virgínia (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

Os direitos fundamentais de 2ª dimensão são os que abrangem os direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos, além de tratar das liberdades positivas, que asseguram a igualdade substancial, real ou material, entre todos os cidadãos. Diferentemente dos direitos de 1ª dimensão, que negam uma atuação do Estado, estes aqui visam impor diretrizes a serem seguidas por ele. Por serem direitos positivos, exigem do ente estatal o alcance de objetivos impostos através de políticas públicas, quais sejam, saúde, educação, moradia, trabalho, segurança, previdência social, assistência social, entre outros, proporcionando ao cidadão qualidade de vida e dignidade, direitos inerentes da própria liberdade.

Esses direitos estão inseridos em um conjunto de âmbito programático, ou seja, de prestação do Estado. Contudo, por motivos como limitações técnicas ou de recurso financeiro, não há garantias do seu efetivo cumprimento, o que por vezes faz com que o cidadão mobilize o judiciário.

Entre os principais documentos que se destacaram pela presença dos direitos de 2ª geração, estão a Constituição do México (1917), a Constituição de Weimar (1919) e o Tratado de Versales (1919).

Os direitos fundamentais de 3ª dimensão são os chamados direitos transindividuais, que possuem natureza indivisível, onde seus titulares são pessoas indeterminadas. Estes direitos são imputados a toda coletividade e de forma difusa, pois todo indivíduo faz parte de uma coletividade, sendo ele titular de direitos que cingem a fraternidade e a solidariedade, ou seja, que ultrapassam interesses individuais e envolvem o humanismo e a universalidade.

Os direitos dessa geração sucedem de mudanças no pensamento global acerca dos valores inerentes da coletividade, dos quais muito são discutidos pela comunidade internacional. Tratam-se do direito à paz, preservação do meio ambiente, proteção ao consumidor, direito à propriedade, qualidade de vida, entre outros.

A existência dos direitos fundamentais da 4ª dimensão não são um consenso na doutrina, mas são aqueles relacionados ao processo de globalização política, tendo como base a democracia, a informação e o pluralismo. Cabe ainda relacionar essa geração de direitos com a normatização da engenharia genética, mais precisamente da manipulação do patrimônio genético, justificadamente por ser algo diretamente ligada ao direito à vida. Dentre os autores

que sustentam a presença dos direitos de 4ª dimensão estão Paulo Bonavides, Celso Ribeiro Bastos, André Ramos Tavares, Norberto Bobbio, Pedro Lenza, Marcelo Novelino, Pietro de Jesús Lora Alarcón, dentre outros.

Sobre essa geração de direitos fundamentais, Celso Ribeiro Bastos e André Ramos Tavares⁹, ensinam que:

“(...) trata-se de um rol de direitos que decorrem, em primeiro lugar, da superação de um mundo bipolar, dividido entre os que se alinhavam com o capitalismo e aqueles que se alinhavam com o comunismo (...) também o fenômeno da globalização e os avanços tecnológicos são responsáveis pela ascensão dessa nova categoria de direitos humanos.”

Ainda, há doutrinadores que defendam um conjunto de direitos fundamentais de 5ª dimensão, podendo ser divididos em duas vertentes. A primeira, considera o direito à paz como o direito supremo da sociedade e da democracia participativa, que pela sua tamanha importância, merecem uma dimensão própria, desprendida da terceira dimensão de direitos, onde por vezes é introduzido. Com os anseios da população crescendo e modificando-se cada vez mais com o tempo, a preponderância do direito à paz em suma sociedade globalizada contrasta com o ideal neoliberal do mundo moderno, onde a violência, principalmente a urbana, expande-se crescentemente.

Os direitos sociais estão inseridos na 2ª dimensão de direitos, onde impõe-se ao Estado uma postura ativa no dever de garantir ao indivíduo uma vida digna. Por sua vez, pela ótica do cidadão, não são apenas poderes para agir, como as liberdades públicas ou o direito ao lazer, como também direitos de exigir prestação concreta por parte do Estado. Nessa relação, o Estado se encontra como sujeito passivo, sendo ele responsável pelo atendimento dos direitos fundamentais de segunda geração.

Como dito anteriormente, a Constituição Federal de 1988 em seu Título II, denominado Dos Direitos e Garantias Fundamentais, com o seu capítulo II – Dos Direitos Sociais, traz tudo aquilo que efetua os direitos sociais, sendo: saúde, educação, moradia, trabalho, lazer, segurança, previdência social, assistências aos desamparados e proteção à maternidade e à infância.

⁹ BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. **Tendências do direito público no limiar de um novo milênio**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 389.

Essencialmente, os direitos sociais estão inseridos no conjunto dos direitos fundamentais, através do direito positivado que possui como atribuição a garantia dos interesses individuais e coletivos de todos os cidadãos. É possível entender, em conceito aberto, que os direitos fundamentais corriqueiramente expressados para se referir a direitos humanos presentes no ordenamento jurídico em questão.

Os direitos sociais são aqueles que procuram assegurar as garantias mínimas para o bem-estar social, ou seja, devem salvaguardar as necessidades sociais através de ações que efetivamente se concretizem. E como fazer isso? A partir da ação do Estado na ordem social é que se garante a plena realização dos direitos sociais. Sendo assim, Ingo Wolfgang Sarlet¹⁰ diz que:

“direitos sociais de natureza positiva pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais”

Contudo, os direitos sociais apenas se materializam através das vias legislativas, caracterizando uma clara sujeição normativa para a sua concretização. Para o alcance e realização de direitos como a saúde ou a educação, se faz necessária sua materialização positivada, o que demonstra o seu caráter conectivo com a produção normativa de leis.

A exigência da interferência do Estado para a concretização dos direitos sociais faz transparecer a relação entre sociedade e cidadão, quando se atenta para o fato de que uma política de direitos sociais se dirige à uma coletividade, que por sua vez abrange a pessoa humana na perspectiva de sua carência de condições mínimas para uma vida digna e de bem-estar social.

A realização de prestações acerca dos direitos sociais por parte dos entes sociais configura-se de forma positiva, pois é o Estado quem tem o encargo de oferecer serviços que sejam capazes de consumir os direitos fundamentais. Os direitos sociais como liberdades positivas beneficia todos aqueles que não são autossuficientes, os permitindo ter acesso ao

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 282

básico daquilo que se considera digno, através da realização de uma igualdade real.

Nesse sentido, José Afonso da Silva¹¹ trata os direitos sociais como:

“prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.”

Se os direitos sociais estão inseridos no escopo de direitos fundamentais, é legítima a sua aplicabilidade de forma imediata, com base no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, e nas situações de omissão legislativa encontra-se meios de obter a sua efetividade, tais como ação direta de inconstitucionalidade ou mandado de injunção. Igualmente ocorre nos casos de omissão do Poder Executivo, onde resta a judicialização das questões, tema este que será exaustivamente tratado no presente trabalho.

A compensação das desigualdades fáticas entre indivíduos de uma determinada sociedade é proporcionada pelos direitos sociais, no que cabe a igualdade de todos os membros de uma organização política. Ao mesmo tempo, cabe aos direitos individuais delimitar a atuação coercitiva estatal, a fim de garantir a liberdade individual.

Os direitos sociais buscam tutelar setores sociais mais frágeis, geralmente aqueles com pouca condição econômica, de modo a constituir uma sociedade mais homogênea. A grande proposta dos direitos sociais refere-se à qualidade de vida dos cidadãos, a promoção do bem-estar social e econômico, sobretudo daqueles menos favorecidos, concretizando as devidas correções que as desigualdades geram.

A ordem constitucional brasileira anui ao cidadão a possibilidade de exigir prestações sociais dos entes estatais, tais como saúde, educação, assistência social, entre outros. O titular dos direitos sociais é o próprio indivíduo, sendo ele quem busca o reconhecimento destes direitos frente ao Estado. Em um passado distante a problemática inicial se tratava da intervenção do Estado nas liberdades individuais de seus cidadãos, agora, hoje se trata de atestar a garantia de bem-estar social inerente a todo indivíduo.

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 286-287.

Apesar de terem uma concepção coletiva, os direitos sociais têm como seu titular o indivíduo. São direitos caracterizados pela justiça social, uma vez que assimila os anseios daqueles que mais são atingidos pela desigualdade social e econômica, funcionando como um contrapeso para oferecer o mínimo daquilo que lhes faltam para uma vida plena e digna.

2.3 – Os direitos sociais são mesmo direitos fundamentais?

Até agora o conceito de direitos sociais foi trabalhado como parte dos direitos fundamentais, mais precisamente, inseridos no escopo dos direitos de 2ª dimensão. Mas será que os direitos sociais pertencem realmente ao rol de direitos fundamentais? É de suma importância discorrer acerca da fundamentalidade – ou não – dos direitos fundamentais, tendo em vista que existe discordância doutrinária acerca do tratamento dos direitos sociais como sendo fundamentais.

Considerar os direitos sociais como direitos fundamentais significa caracteriza-los como normas que possuam uma proteção especial. Categorizar um direito como sendo fundamental significa que a ele será concedida uma proteção maior e mecanismos diferenciados para a sua materialização, concretização e efetividade. Sendo assim, conceituar um direito como fundamental está completamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao assegurar a garantia de que esses direitos não são apenas normas de conduta considerados como meras normas de condutas impleiteável. É uma questão de relevância prática.

Os direitos fundamentais tem em sua prerrogativa a promoção os direitos individuais e coletivos, assim como o direito a prestações dessas mesmas garantias. Há uma importante distinção entre o texto constitucional, que é o enunciado semântico, e a norma jurídica, que é o resultado da interpretação do texto. Nessa diferenciação se percebe que é possível existir mais de uma norma compreendida em um texto normativo, bem como normas sem qualquer texto expresso a represente diretamente. É possível retirar de um texto alguma norma que reconheça ou não determinado direito como fundamental e conferi-lo um arranjo de efeitos jurídicos à todos aqueles que dele serão atingidos, ou seja, haverá a determinação de uma prestação ou de uma proibição de interposição.

Quanto à problemática da fundamental idade dos direitos sociais, duas vertentes presentes na doutrina devem ser observadas. A primeira garante que na correlação entre direitos

sociais e direitos fundamentais ocorre apenas pelo mínimo existencial. Por outro lado, a segunda entende que direitos sociais e fundamentais são dissociáveis, estando ambos inseridos no contexto de direitos humanos.

Existe uma corrente doutrinária que defende o caráter não fundamental dos direitos sociais, justificando que a plena eficácia desses direitos será encontrada exatamente na redução de sua fundamentalidade, com base no mínimo existencial ou mínimo social. Nesse sentido, Ricardo Lobo Torres¹² argumenta que:

“Parece-nos que a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres.”

Nesta concepção a fundamentalidade dos direitos sociais somente ocorrerá quando houver um interesse justificadamente fundamental for acionado, isto é, para superar a ineficácia da prestação dos direitos sociais a prerrogativa de fundamentalidade deveria conceber além do mínimo existencial, também o comprometimento de cumprimento desse mínimo.

A intenção é reduzir o grau de fundamentalidade e não excluir por completo, diminuindo-o em um conteúdo mínimo, fazendo com que os direitos sociais se tornem puros axiomas, dependentes diretos de fatores como orçamento e ideologia, perdendo sua capacidade normativa. Conforme esse pensamento, apenas o conteúdo essencial dos direitos sociais teria teor fundamental capaz de gerar de fato direitos subjetivos.

O mínimo existencial para os direitos sociais seria a quantidade mínima em que o indivíduo teria condição de viver com dignidade. Contudo, esse pensamento não parece corresponder ao cenário brasileiro, afinal, existe no país uma enorme variável quanto ao contexto econômico, social e cultural, não cabendo estabelecer um mínimo de conteúdo a ser estabelecido diante de um contexto relativo.

Com isso é possível observar o caráter positivo e negativo dessa tese, onde propriedade positiva se encontra no reconhecimento de que os direitos sociais possuem eficácia jurídica, apesar da sua exigibilidade mínima, há uma garantia delimitada por essa dimensão menor. Em

¹² TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial**. São Paulo: Renovar, 2008, p. 41.

contrapartida, o seu aspecto negativo se encontra exatamente nessa concepção minimalista dos direitos sociais, restringindo sua capacidade normativa.

Esse raciocínio acerca dos direitos sociais é atualmente incompatível com a Constituição Federal de 1988, uma vez que nela existe uma enorme proteção e garantia aos direitos sociais. De certo, a Carta Magna brasileira promove a implementação de direitos ampla e irrestritamente. A problemática dessa tese de não fundamentalidade é que se o teor restritivo for exagerado poderá esvaziar completamente o conteúdo de uma norma, tornando-a desnecessária.

A segunda vertente acerca da fundamentalidade dos direitos sociais os entende como sendo uma extensão dos direitos da primeira dimensão, através da ideia de indissociabilidade dos direitos humanos. Conforme preceitua Ana Cristina Costa Meireles¹³:

“A garantia dos direitos sociais, hoje, representa condição necessária para que se possibilite o efetivo gozo dos direitos de liberdade civis e políticos clássicos. Sem aqueles, estes restam esvaziados de conteúdo e não passam e não passam de meras promessas inscritas em um papel ao qual, inclusive, nem todos têm acesso.”

Ao adotar o pressuposto de que direitos humanos não são divisíveis, afasta-se a ideia de sobreposição entre os direitos fundamentais, não sendo os direitos de primeira dimensão mais reconhecidos ou protegidos que os de segunda dimensão.

Conforme o seu texto constitucional, a Constituição Federal de 1988 ao positivizar os direitos humanos entendeu os direitos sociais como direitos fundamentais, ao menos em seu aspecto formal, conforme se observa ao logo do artigo 6º, que foi introduzido no título dos direitos e garantias fundamentais. Quanto ao aspecto material da fundamentalidade, sua presença está evidenciada no artigo 5º, § 2º, na medida que as normas acerca dos direitos sociais possuem sua essência na dignidade da pessoa humana.

Em suma, a Constituição Federal garantiu o atributo de fundamental aos direitos sociais, em sentido formal, pela sua condição de norma constitucional, e no seu sentido material, por serem preceitos inerentes ao princípio da dignidade da pessoa humana.

¹³ MEIRELES, Ana Cristina Costa Meireles. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 93.

Com os posicionamentos analisados, tem-se que no direito constitucional brasileiro os direitos constitucionais são considerados como fundamentais, sendo que a sua negação representaria o afastamento do Estado no dever de prestar assistência aos cidadãos que possuem dificuldades para ter acesso ao básico de uma vida digna.

Por uma análise do texto constitucional é possível observar que o Poder Constituinte de 1988 reconheceu como rol dos direitos sociais, um conjunto heterogêneo e extensivo de direitos, que por vezes parecem genéricos, o que pode causar certos contratemplos acerca de uma inconclusiva técnica legislativa e de um arranjo tanto amplo, dificultando a compreensão do que são os direitos sociais como direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, os direitos sociais compreendem tanto direitos prestacionais, que são positivos quanto a atuação estatal e sua efetividade para com a sociedade, como direitos defensivos, que são negativos, tal qual, a não-intervenção na liberdade individual ou a proteção contra ingerências por parte de entes estatais. Contudo, essa visão não deve distorcer a classificação dos direitos fundamentais em direitos prestacionais e direitos de defesa. De fato, a diferenciação entre o texto constitucional, em seu enunciado semântico, e a norma jurídica, como sendo o resultado interpretativo desse enunciado, evidencia a possibilidade de haver mais de uma norma contida em um determinado texto normativo, bem como normas sem qualquer redação expressa possa corresponder diretamente a um direito.

Nesse sentido, é possível extrair de determinado ponto do texto constitucional uma norma que reconheça ou não um direito como sendo fundamental, conferindo ao seu titular, sendo a pessoa considerada individualmente ou a coletividade, uma posição jurídico-subjetiva que terá como objeto certa prestação ou proibição estatal previamente estipulada.

Ao se tentar definir os direitos sociais sob o perfil constitucional brasileiro, é necessário observar atentamente a vontade expressa do legislador constituinte quanto a relação do qualitativo social com a atuação positiva dos entes estatais, não cabendo um vínculo exclusivo entre eles, ou seja, o papel do Estado na promoção e nas garantias sociais não é unicamente o de compensar eventuais desigualdades fáticas presentes na sociedade e garantir um grau mínimo de condições dignas para se viver. Isso é justificado pelo fato de que são também sociais os direitos que resguardam uma zona de liberdade individual e que asseguram determinados bens jurídicos para a sociedade em si, como se percebe, por exemplo, na relação entre os direitos

trabalhistas e os direitos sociais, em que tradicionalmente há uma vinculação que considera evolução histórico-jurídica, tanto nacional como internacional, direitos fundamentais e humanos.

Cabe destacar o voto proferido pelo então ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Velloso¹⁴, ao analisar a instituição da CPMF, entendeu que os direitos fundamentais também abrangem as garantias individuais presentes no artigo 60º, § 4º, IV, da Constituição Federal, defendendo a necessidade de reconhecimento desses direitos como direitos humanos.

Resta demonstrado que o conjunto abrangente e amplamente heterogêneo dos direitos sociais por si só não os caracterizam como fundamentais ou como objetos de um regime jurídico específico. Uma análise simplificada e reduzida também não deve ser considerada, afinal, afirmar que todos os direitos consagrados como fundamentais pela Constituição sejam únicos e exclusivos, é não observar o disposto pelo seu artigo 5º, § 2º, que se trata de uma cláusula de abertura e inclusiva ao demonstrar a possibilidade de haver outros direitos fundamentais não expressos constitucionalmente.

A aceitação da fundamentalidade de todos os direitos presentes no Título II da Constituição Federal, portanto, dos direitos sociais, acarreta o reconhecimento da presunção em favor da fundamentalidade também material das garantias previstas por esses direitos. Dos direitos presentes no Título II do texto constitucional, que não excluem outros, fundamentais em sentido formal e material ou fundamentais apenas no sentido material, independe da posição doutrinária acerca de sua perspectiva fundamental, já que no momento de origem da Constituição esses direitos receberam uma proteção e força normativa singular dos próprios direitos fundamentais em virtude do caráter relevante que esses bens jurídicos carregam.

Em suma, todos os direitos, expressamente positivados ou simplesmente implícitos em normas, localizados não apenas no corpo dos direitos fundamentais mas também em qualquer parte do texto constitucional, ou sejam eles advindos de tratados internacionais ratificados e incorporados pelo Brasil, podem ser considerados fundamentais.

¹⁴ Proferido na Adin 1.497-DF – arguição de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n.º 12, de 1996.

Em decorrência dessa compreensão em torno dos direitos sociais como direitos fundamentais inseridos na constituição brasileira, há o compartilhamento de um regime de dupla fundamentalidade, formal e material. Por mais que exista certa hesitação da parte daqueles que negam aos direitos sociais a observância do regimento jurídico especial assegurado pela Constituição Federal aos direitos fundamentais, há de se reconhecer que o regime jurídico-constitucional efetivamente aplicado no Brasil acerca das garantias sociais é aquele que os admite como verdadeiramente fundamentais quando e na forma em que lhes é reconhecido, colocando-os em uma posição privilegiada dentro do contexto constitucional. Essa foi a vontade do constituinte originário e a que mais se foi interpretada pela doutrina ao longo dos anos.

2.4 – Os direitos sociais como cláusulas pétreas

Preliminarmente, se faz necessário entender o que são cláusulas pétreas e qual a sua finalidade. Conforme a etimologia da expressão, o adjetivo “pétrea” vem do latim “*petreu*”, que tem significado de pedra, ou seja, algo rígido e resistente, enquanto o substantivo “cláusula”, também do latim “*clausula*”, significa a disposição de um tratado ou contrato.

Passada a análise etimológica, cumpre se entender que há, dentro de uma ordem constitucional, certas normas que não podem ser modificadas, reformadas ou sofrerem qualquer tipo de alteração, o que as torna imutáveis. As cláusulas pétreas, também conhecidas como cláusulas de eternidade, garantem a solidez e a segurança jurídica de determinados dispositivos que o legislador constitucional originário entendeu que merecessem uma proteção diferenciada, capaz de até mesmo de restringir o alcance do Poder Reformador.

A “petrificação” de uma norma limita até mesmo o processo legislativo capaz de alterar o texto constitucional, a chamada Emenda Constitucional. Essas cláusulas especiais são limitações materiais impostas pelo Poder Constituinte Originário ao Poder Constituinte Derivado Reformador, que tem como objetivo a preservação da democracia através da proteção de institutos e valores essenciais, bem como a identidade material de uma Constituição.

As limitações materiais expressamente presentes na Constituição Federal de 1988 estão previstas em seu artigo 60º, § 4º, a saber: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.

O empenho e o zelo do constituinte originário em preservar essa identidade da Constituição, prevenindo-se de futuras reformas que poderiam vir a descaracterizar ou modificar seu sentido e valores, fez como que limites fossem fixados para resguardar tudo aquilo que ele considerou de extremo valor.

A finalidade das cláusulas pétreas é impossibilitar que dispositivos essenciais da Constituição sejam prejudicados, reconhecendo e protegendo valores consagrados pelo poder constituinte originário. Por serem conhecidas como cláusulas eternas ou de eternidade, são elas quem devem manter os preceitos de ordem fundamental.

Como discorrido anteriormente, a categorização de direitos sociais como direitos fundamentais e humanos implica em reconhecê-los como um instituto constitucional qualificado, que integra um certo grau social capaz fomentar o exercício da dignidade da pessoa humana e das liberdades individuais. A positivação dos direitos sociais é algo já consolidado pelas constituições modernas, contudo, conforme o texto constitucional brasileiro, os direitos sociais não estão expressamente descritos como cláusulas pétreas, onde há, inclusive, menção aos direitos individuais e nenhuma aos sociais.

A experiência constitucional brasileira tem demonstrado que, a despeito da reiterada afirmação dos direitos sociais nos textos constitucionais, não são expressamente protegidos pelas cláusulas pétreas, como consta em nossa Constituição vigente, tampouco têm sido garantia suficiente para a realização da justiça social. Como ressaltado anteriormente, o fato de constar no art. 60, § 4º, inciso IV a expressão direitos e garantias individuais traz à baila dúvidas e discussões concernentes à inclusão dos demais direitos fundamentais (sociais, econômicos), no rol das denominadas cláusulas pétreas.

A atuação estatal é aquilo que irá efetivar os direitos fundamentais, lembrando que os direitos sociais pertencem à sua segunda dimensão. Principalmente no Brasil, a questão financeira e estrutural quanto aos recursos disponíveis são sempre um empecilho para a materialização desses direitos. Sendo os recursos limitados, não é sempre que o alcance daquilo que é assegurado ao indivíduo transpasse sem qualquer óbice, causando certa restrição na atuação concreta estatal quanto às políticas públicas.

A restrição aos direitos fundamentais possui uma fronteira, e esta se encontra no instituto

das cláusulas pétreas. São elas que impendem qualquer ação do poder constituinte reformador que possa prejudicar as garantias e os direitos individuais. Em matéria de controle concentrado de constitucionalidade, o Ministro Sydney Sanches¹⁵, em sede de julgamento na ADI nº 939, exalta que apesar do fato de que as regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte originário não estejam sujeitas a qualquer limitação normativa, de ordem material ou formal, as normas a serem produzidas pelo poder reformador só possuem eficácia ao respeitarem a legitimação que receberam da ordem constitucional, ou seja, por causa disso se faz necessária a obediência das emendas constitucionais às cláusulas pétreas.

Ainda sobre controle concentrado de constitucionalidade, o Ministro Sepúlveda Pertence¹⁶, em julgamento da ADI nº 2.024, ressaltou que o poder constituinte originário adotou limites materiais a serem impostos às futuras emendas constitucionais, sendo que as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, presentes no art. 60, § 4º, da Constituição Federal, não significam a sua intangibilidade literal, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege. Resta claro que o Supremo Tribunal Federal edificou ao longo dos anos o entendimento de que as cláusulas pétreas não representam uma intangibilidade material em emenda constitucional acerca dos direitos fundamentais, mas sim uma proteção aos princípios essenciais desses direitos.

Dentro da doutrina brasileira, existe uma vertente mais restritiva que defende a interpretação literal da Constituição, onde as cláusulas pétreas expressamente significam a proibição de toda e qualquer atenuação aos direitos fundamentais. Para aqueles que assim entendem, os direitos sociais são o grupo de garantias que mais exigem uma atuação estatal, requerendo assim uma proteção eterna.

Por outro lado, a corrente mais ampliadora de interpretação do texto constitucional, sustenta ser esta uma questão de hermenêutica do conteúdo da Constitucional. Um dos doutrinadores que celebram essa vertente é Paulo Bonavides¹⁷, argumentando que:

¹⁵ ADI 2.356 MC e ADI 2.362 MC, rel. p/o ac. min. Ayres Britto, j. 25-11-2010, P, *DJE* de 19-5-2011. = ADI 939, rel. min. Sydney Sanches, j. 15-12-1993, P, *DJ* de 18-3-1994.

¹⁶ ADI 2.024, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 3-5-2007, P, *DJ* de 22-6-2007.

¹⁷ Bonavides, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 24ª. ed, Malheiros Editores, São Paulo, 2009, p. 655.

“introduzida e positivada em grau máximo de intangibilidade no § 4º. Do art. 60, deve-se entender que a rigidez formal de proteção estabelecida em favor dos conteúdos ali introduzidos, nomeadamente os respeitantes às duas acepções ora examinadas, não abrange apenas o teor material dos direitos da primeira geração, herdados pelo constitucionalismo contemporâneo, senão que se estende por igual aos direitos da segunda dimensão, a saber, os direitos sociais.”

No entendimento de Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁸, os direitos sociais devem ser entendidos como cláusulas pétreas, uma vez que o título I da Constituição Federal conduz os princípios fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho, erradicação da pobreza, repressão a desigualdade social e igualdade com justiça social. Nesse sentido, descreve que:

“Como as cláusulas pétreas servem para preservar os princípios fundamentais, situando os direitos sociais como centrais para a sua ideia de Estado democrático, os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas. No inciso IV do § 4º. Do art. 60, o constituinte terá dito menos do que queria, terá havido uma “lacuna de formulação”, devendo-se ali ler os direitos sociais, ao lado dos direitos e garantias individuais. A objeção de que os direitos sociais estão submetidos a contingências financeiras não impede que se considere que a cláusula pétrea alcança a eficácia mínima desses direitos”.

Consoante essa corrente doutrinária, é possível compreender os direitos sociais como fundamentais, providos de plena efetividade, o que os permite serem pretendidos de forma judicial. Pelo fato desses direitos encontrarem a sua existência real, fática, de acordo com a atuação positiva dos entes estatais, estão eles delimitados por uma condição essencialmente preponderante: a capacidade financeira. A limitação econômica é, por si só, uma restrição aos direitos sociais, sendo essa a justificativa maior do Poder Executivo quando provocado ao gerenciamento de políticas públicas e o que enseja a judicialização de demandas com o objetivo de garantir essas prerrogativas. As cláusulas pétreas nada mais são que um mecanismo de proteção aos direitos fundamentais, limitando a atuação do Estado no intuito de não permitir qualquer restrição a essas garantias, entendimento este baseado na hermenêutica constitucional que é defendida pela corrente doutrinária de visão ampliativa do texto constitucional.

Sob esta ótica, os direitos sociais expressados no artigo 6º da Constituição Federal estão incluídos no escopo das cláusulas pétreas, e por elas protegidos de qualquer ação legislativa ou alteração por emenda constitucional. É esse o pensamento da maior parte da doutrina constitucionalista, que ao reconhecerem as garantias sociais como direitos fundamentais,

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 258-259.

simultaneamente os interpreta como cláusulas pétreas, expressadas no artigo 60, § 4º, IV, da CF/1988. Resta claro que a classificação dos direitos sociais como direitos fundamentais se baseia nas garantias e nos princípios constitucionais que ambos se norteiam e, conseqüentemente, os insere no rol daqueles direitos sujeitos à reserva legal, ou seja, são invioláveis e não podem ser suprimidos.

3 – JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: EXISTE ALGUMA RELAÇÃO?

3.1 – Judicialização: conceito e principais características

O conceito de judicialização no contexto de repercussões políticas e sociais está relacionado às decisões do Poder Judiciário por ausência de iniciativa ou eficácia pelas esferas políticas tradicionais, campo onde habitam o Congresso Nacional e suas respectivas Casas Legislativas, o Presidente da República e os seus ministérios, os Governadores de estado, e toda a administração pública em geral. Se entende como judicialização a transferência decisória de poderes originalmente pertencentes ao Poder Executivo e Poder Legislativo para o Poder Judiciário e seus juízes e tribunais, por onde transcorrem, em sua maioria, temas vistos como polêmicos e de grande complexidade. São questões que por vezes representam alguma tendência social ou que visam a revisão e implementação de alguma política pública. Mas essa transição não ocorre de maneira formal e expressa, ela acontece quando alguma carência social surge e o processo jurídico faz o papel da reação a esta demanda.

Levar as relações sociais à esfera judicial é fazer do Poder Judiciário como alternativa para solucionar inconformidades, principalmente as de caráter coletivos, que necessitam de apaziguamento ou uma solução efetiva. Haverá por parte dos juízes uma argumentação e consequentemente uma decisão, totalmente compelidas juridicamente, para questões de natureza política, demonstrando um revestimento das relações sociais pelo direito.

A judicialização é um fenômeno bastante complexo e com fundamento em diversos aspectos. Majoritariamente, a doutrina brasileira entende ser um fato diretamente ligado ao modelo constitucional adotado pela Constituição Federal de 1988. O constituinte originário por um modelo constitucional analítico e extenso, de conceitos abertos e um enorme rol de direitos fundamentais, como observado no artigo 5º da Carta Magna. Destaca-se o mero caráter exemplificativo deste rol de direitos fundamentais, uma vez ser possível encontra-los em diversos capítulos da Constituição ou até mesmo de forma não expressa, cabendo a interpretação do dispositivo para extraí-los.

A redemocratização do país e a promulgação da Constituição de 1988 provocou no Poder Judiciário uma renovação técnica, mas que o transformou em uma espécie de poder

político, que procura observar os preceitos e valores da Constituição e das leis mesmo que com isso faça surgir um conflito com os demais Poderes. Com o retorno da democracia a população teve a sua aceção de cidadania disseminada que, junto ao desenvolvimento tecnológico e a um maior nível de informação, fez despertar uma ampla consciência acerca dos direitos a ela inerentes. A sociedade em geral, sobretudo as camadas economicamente menos favorecidas, que conseqüentemente são as que mais necessitam do amparo estatal, passou cada vez mais a buscar judicialmente a proteção de seus interesses. É nessa conjuntura que ocorreram as expansões dos tribunais, da Defensoria Pública e do Ministério Público, que teve ampliada a sua atuação fora do âmbito penal. O crescimento dessas instituições ocorreu para acompanhar o aumento da procura por justiça que a sociedade brasileira foi desenvolvendo ao longo das últimas décadas.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 é possível observar a tendência pela qual o ordenamento jurídico brasileiro atravessou em relação a concretização do fenômeno da judicialização da política e a legitimação dos direitos sociais e humanos. Quanto a judicialização, a autora Vanice Regina Lírio do Valle¹⁹ afirma:

“É possível perceber, portanto, que a judicialização é muito mais uma constatação sobre aquilo que vem ocorrendo na contemporaneidade por conta da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acabam por possibilitar um maior número de demandas, que, em maior ou menor medida, desaguarão no Judiciário; do que uma postura a ser identificada (como positiva ou negativa). Isto é, esta questão está ligada a uma análise contextual da composição do cenário jurídico, não fazendo referência à necessidade de se criar (ou defender) um modelo de jurisdição fortalecido. Por tudo isso, pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma questão social. 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 deságuam 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.”

Pertence aos Poderes Executivo e Legislativo a tarefa de garantir os direitos sociais constitucionalmente previstos, tais como saúde, educação, segurança, entre outro. Acredita-se que o Estado se encontra sobrecarregado quanto as prestações materiais que lhe cabem. Com a inércia dos poderes políticos, resta a sociedade provocar o Poder Judiciário para buscar acesso

¹⁹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. p. 32-33.

a esses direitos deficientemente promovidos. Como exemplo, tem-se a posição atuante assumida pelo Ministério Público diante das tutelas negligenciadas aos cidadãos, que por meio judicial exige o cumprimento das obrigações dos poderes públicos. Além disso, é possível observar a tendência atual dos magistrados em relação a efetividade dos direitos sociais atribuídos pela Constituição, compelindo o Estado a proporcioná-los até mesmo diante de possíveis dificuldades econômicas.

Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari²⁰ entende que:

“Um dado muito positivo é que, dentro do próprio quadro de juízes vem tomando corpo uma reação cada vez mais vigorosa, procurando fazer com que se justifiquem na prática o prestígio teórico e a condição de Poder Constitucional, de que goza o Judiciário. Juízes mais conscientes de seu papel social e de sua responsabilidade estão assumindo a liderança de um processo de reformas, tendo por objetivo dar ao Judiciário a organização e a postura necessárias para que ele cumpra a função de garantidor de direitos e distribuidor de justiça.”

Diante da falta de eficiência e omissão do Executivo e do Legislativo, tendo em vista suas incapacidades e a insatisfação social de modo generalizada, a judicialização da política ocorre após o chamamento aos juízes para se pronunciarem sobre temas que circundam as políticas públicas, impactando em novos desdobramentos nas democracias contemporâneas. Presencia-se uma proximidade entre o direito e a política que dificulta e torna mais complexa a distinção daquilo que de fato é direito e o que é interesse político, formando uma espécie de “política de direitos”.

Essa movimentação redesenha a jurisdição e as funções exercidas pelo Poder Judiciário, promovendo uma afluência entre as funções legislativa e judicial que se contrapõe à separação formal estabelecida pela Teoria da Separação dos Poderes. Apesar da idealização exposta na rigidez em vincular determinadas funções especificamente a cada um dos três Poderes, não parece razoável empregá-la de forma plena dentro do contexto em que se insere a realidade fática brasileira. Se faz necessária a aplicação de uma técnica de distribuição de competências entre entes separados que possa propiciar a cooperação, e não a incomunicabilidade entre eles.

De fato, a judicialização por vezes se demonstra como algo que soleniza uma “justiça efetiva”, onde o Poder Judiciário, fazendo o papel do Estado, acaba por corrigir as falhas

²⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 78.

perpetuadas pelo Poder Executivo e a inércia do Poder Legislativo. Há no Brasil uma clara motivação em estabelecer uma ordem social equitativa e democrática através da utilização das vias judiciais, se revestindo de esperança aos anseios sociais.

Nessa conjuntura, a judicialização política tem sido aplicada para fornecer acesso a direitos sonogados à uma parte da população, especificamente caracterizada pelo baixo nível econômico, ou seja, mais dependentes do amparo estatal. Aqui, o processo judicial funciona como mecanismo de defesa das garantias fundamentais, contribuindo para o acesso à justiça e a garantia de direitos, bem como o aperfeiçoamento dos instrumentos democráticos.

A premissa maior do Poder Judiciário é a guarda da Constituição e da legalidade, o que envolve a proteção aos direitos fundamentais. Havendo prejuízo na efetividade desses direitos, o órgão responsável por assegurar o devido cumprimento das regras constitucionais deve manifestar-se e agir quando houver omissão daqueles que deveriam prestar tais garantias. O questionamento a ser feito está no cunho político que decisões proferidas por juízes possam manifestar, de modo que se pareça como uma interferência em assuntos que não fazem parte da sua atribuição. Contudo, não há o que se falar em limitação decisória quando esta estiver amparada pelos ditames constitucionais, especialmente pelos direitos sociais.

Ainda, cabe lembrar que todas as decisões advindas de um tribunal só ocorrem após o mesmo ser provocado a se manifestar. Um tribunal não possui a alternativa de conhecer ou não das ações, caso haja o correto preenchimento dos requisitos necessários, mas ele deve se pronunciar sempre que a ele for reivindicado.

O fortalecimento institucional do STF e conseqüentemente do controle de constitucionalidade, a consolidação de jurisprudências nos tribunais e a edição de Súmulas Vinculantes, contextuam a máxima acolhida pelo Estado de satisfação do bem comum, afinal, a questão fundamental não deve ser qual ente a implementou, e sim quem irá se beneficiar dessa conjuntura, o que no caso seria a própria população. Tal posição representa um efeito positivo da judicialização, contudo deve ser observada de maneira técnica e particular, dentro de limites estabelecidos, para que não haja qualquer margem para o abuso de poder ou usurpação de competência, devendo-se deixar claro que a pretensão única é a de apenas assegurar direitos pertencentes aos cidadãos.

A judicialização não provém simplesmente da vontade do julgador ou do Poder Judiciário, ela é resultado de um reposicionamento histórico e gradual do Judiciário ocorrido após o constitucionalismo pós-guerra, sendo que no Brasil o seu grande marco é a promulgação da Constituição de 1988. O caráter social da judicialização da política é inegável, tendo em vista a sua clara intensão em suprir as pretensões exigidas pela sociedade, que se deflagram em função da não implementação efetiva de políticas públicas pelo Estado.

Necessário é o destaque ao papel da judicialização para o acesso à justiça, salvaguardando a democracia e apaziguando as carências inerentes de uma ordem social pouco igualitária. Quando um juiz se depara com a realidade social que o contorna e que nela também está inserido, existe a possibilidade de ele contribuir para a efetividade da garantia pretendida no processo, corporificando e materializando um direito que o Estado de alguma forma falha em consumir. Não se deve esquecer que o Poder Judiciário é parte da grande estrutura do Estado, e este não deve se eximir de assegurar aos seus cidadãos o exercício pleno de todos os direitos sociais e individuais, fato que corrobora a ideia de legitimidade das decisões judicialmente proferidas que visam a alcançar esses preceitos, ainda que possuam uma natureza política.

3.2 – Ativismo Judicial: conceito e principais características

O ativismo judicial pode ser entendido como uma prática decorrente da judicialização, mas com um grande nível de complexidade, estando associado a uma participação mais ampla e profunda do Poder Judiciário na consumação dos preceitos estabelecidos pelas normas constitucionais, e conseqüentemente com uma interferência maior na atuação dos demais Poderes.

A conduta ativista pode ser verificada tanto na atividade da prestação judicial quanto extrajudicialmente. As situações em que se observa uma postura ativista do magistrado nos autos de um processo judicial incluem a aplicabilidade de forma direta da Constituição em casos concretos que não possuam ordem expressa do texto constitucional, perpassam por declarações de inconstitucionalidade de atos normativos praticados pelo legislador, e ainda o estabelecimento de condutas a serem adotadas pelo poder público, principalmente acerca das políticas públicas. Por outro lado, o ativismo pode ser praticado até mesmo fora dos autos, em momentos que a valoração ideológica prevalece e as expressões políticas surgem, aproximando

o Poder Judiciário aos Executivo e Legislativo. Como exemplo, tem-se as entrevistas cedidas por juízes, ocorridas com cada vez mais frequência, ou os discursos e pronunciamentos proferidos fora dos autos capazes de repercutirem alguma posição política que posteriormente poderá ser debatida pela sociedade.

Quanto ao conceito de ativismo judicial, Oscar Valente Cardoso²¹ preceitua que:

“O ativismo judicial (ou judicialização da política) pode ser resumido na atitude dos juízes de interpretar as normas jurídicas sem se limitar às restrições formais e objetivas, e levando em conta que a aplicação das leis é variável, no tempo e em cada caso concreto. Isso pode causar a extensão de direitos não expressamente previstos em lei ou na Constituição, motivo pelo qual se afirma que essa postura judicial importa na “criação” de direitos, a partir de uma interpretação ampliativa de normas escritas, ou com fundamento em princípios jurídicos genéricos (igualdade, razoabilidade, dignidade da pessoa humana, etc.)”

A prática do ativismo representa uma certa discordância com o *status quo*, especialmente com os entes políticos do poder estatal. Decisões são proferidas a fim de validar ou não normas e atos de outros Poderes, suprir omissões deixadas pelas outras esferas políticas, sobretudo o Poder Legislativo, que é aquele responsável pela produção das leis, e ainda, mesmo que involuntariamente, transformar temas de cunho político em temas jurídicos. O ativismo judicial se qualifica como sendo uma expansão das competências dos tribunais através das suas próprias decisões.

Contemporaneamente, o Poder Judiciário no Brasil tem adotado uma postura claramente ativista, aproximando-se dos reais conflitos sociais presentes no país e se afastando de uma apatia outrora vista. É possível observar que cada vez mais o magistrado exerce um papel atuante, de forma a superar dogmas pré-estabelecidos. Até mesmo a sociedade em geral tem se tornado mais crítica quando da existência de uma figura burocrata e simplória, que dele se espera uma resolução de conflito baseada em uma fórmula já resolvida, com uma análise pouco eficiente para o caso concreto e quase automática.

Sobre a formação do ativismo no Poder Judiciário, Marco Aurélio Romagnoli Tavares²²

²¹ CARDOSO, Oscar Valente. **Ativismo judicial ou inativismo parlamentar?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2865, 6 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/texto/19047>>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

²² TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Ativismo Judicial e políticas públicas: direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011, p. 105.

entende que:

“Dentro das relações de poder, intrínsecas ao Estado, surge a figura proeminente do Judiciário, hoje o poder em voga no Brasil, já que está em curso uma gradativa execução de uma forma de ativismo judicial, capitaneado pelo STF, ou seja, diante da clara impossibilidade da existência de vácuo de poder, decorrente diretamente de um legislativo inoperante, dominado por escândalos de corrupção, bem como de um executivo anabolizado, que busca dominar politicamente todas as esferas de poder. Surge a figura protagonista dos tribunais e de magistrados que aos poucos buscam limitar os excessos praticados pelas administrações, assim como suprir a ausência de definições legislativas que deveriam acompanhar os avanços econômicos, sociais e científicos.”

O fenômeno do ativismo judicial tem como característica positiva o atendimento das demandas sociais que não são atendidas pelos demais poderes. Nota-se uma certa movimentação favorável ao ativismo no quadro de decisões proferidas pelo Judiciário, na medida em que cada vez mais os fundamentos e as argumentações se baseiam na efetivação de direitos fundamentais e sociais, estes amparados pela Constituição.

As ações exercidas pela esfera judiciária estão sendo capazes de exercer um papel relevante na efetivação dos direitos fundamentais, ao fazer com que o caráter meramente programático dos direitos sociais estabelecidos pela Carta Magna se transforme de fato em direito concreto.

A consciência de que a via jurídica se tornou um meio eficaz para assegurar as garantias individuais, alterar realidades fáticas e principalmente, edificar as políticas públicas sonegadas, deve ser acompanhada de uma análise crítica de todo o sistema no qual se insere o Estado, para que seja entendido o que do processo judicial se almeja e o que ele irá perseguir. Quando o interesse é o fomento dos objetivos do Estado expostos pela Constituição Federal, estes devem ser efetivados por quaisquer dos três Poderes, de forma conjunta ou separada, uma vez que os propósitos a serem atingidos devem ser perseguidos por todo o corpo estatal, incluindo todos os Poderes, que mesmo devidamente separados, não devem se eximir de promovê-los.

É imprescindível para o direito evoluir de forma a acompanhar a sociedade, visto que os conceitos de valor e norma somente possuem legitimidade se observado corretamente o contexto social no qual se está inserido. Nesse caminho, considere-se que a evolução do constitucionalismo trouxe a necessidade de um comprometimento com os preceitos formulados pela Constituição, cabendo ao Estado satisfazer as demandas sociais materializando os direitos

essenciais garantidos pelo texto constitucional.

O ativismo judicial pode ser definido como uma atitude ou comportamento dos magistrados, de caráter decisório, quanto às matérias que a princípio não fariam parte de sua competência, pertencendo a outra entidade a atribuição de tomada de decisão. Normalmente, essa conduta terá uma natureza política e roupagem jurídica, refletindo em esferas sociais, políticas e econômicas de grande relevância. Mais ainda, é possível que limites impostos em lei sejam ultrapassados, bem como surjam entendimentos contrários à determinadas normas, sempre objetivando a melhor aplicação e eficácia das diretrizes constitucionais.

Ainda, pode ser entendido como ativismo a efetiva participação de juízes no âmbito de matérias vinculadas ao Poder Executivo e Poder Legislativo. O magistrado que produz norma e viabiliza a concretização de políticas públicas através do processo judicial está agindo sobre uma postura ativa. Há aqueles que defendam que o ativismo judicial representa um retrocesso ao processo político e a democracia, tendo em vista a extensão do campo de atuação de juízes e tribunais, sobretudo na área política, com decisões que anteriormente eram vistas como atípicas e agora representariam uma ameaça ao equilíbrio e a divisão dos Poderes estabelecidos.

A postura ativista pode ser compreendida por óticas diversas. Entre a doutrina brasileira, há quem defenda o ativismo judicial no processo civil como instrumento de correção e materialização de direitos. É dessa forma que entende o Promotor de Justiça do Ministério Público Lucas Danilo Vaz Costa Junior (2007, p. 39), ao argumentar que essa técnica é aplicada pelos juízes na fase de persecução probatória.

Existem doutrinadores que entendem o ativismo judicial como possibilidade de juízes atuarem como legislador positivo, protegendo os direitos fundamentais previstos através da mitigação do modelo democrático brasileiro e de interpretações extensivas das normas legais, suprimindo a exclusividade dos Poderes Executivo e Legislativo. Nesse sentido, Rogério Gesta Legal²³ discorre que:

“Se há migrações pendulares de concentração do Poder Estatal neste particular, por vezes encontrando-se no Legislativo a maior iniciativa de produção de normas, por ora no Executivo, (em face de suas novas feições promocionais e interventivas), e por

²³ LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 31.

vezes no Judiciário (em face das eventuais interpretações extensivas que imprime no sistema jurídico) isto não implica a negação (mas talvez a mitigação) do próprio modelo da democracia representativa [...] o cidadão que necessita do mínimo essencial para a sua sobrevivência, em virtude da omissão ou incompetência das autoridades públicas, não pode ser feito prisioneiro da discricionariedade e de uma visão arcaica do Princípio da Separação de Poderes. Assim, nos casos em que o Estado se mantém inerte, omissivo, o Poder Judiciário tem um papel a cumprir. Portanto, é necessária certa dose de ativismo judicial para a efetivação progressiva dos direitos constitucionais.”

Deve ser destacado que o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, versa: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. De fato, uma postura ativista no âmbito judicial brasileiro se demonstra cada vez maior, conduzida pela deficiência das demais instituições que compõem a estrutura estatal. Enquanto agente do Estado, o magistrado move a engrenagem do Judiciário para romper com a inércia sistematicamente estabelecida, ao mesmo tempo em que deve manter a neutralidade política das suas decisões.

Os casos em que direitos sociais estão no centro da demanda ainda são os mais relevantes dentre as discussões sobre o assunto. Por serem garantias fundamentais, as decisões judiciais proferidas neste escopo adquirem uma maior atenção por parte da mídia, e conseqüentemente se torna mais debatida entre a sociedade. Toda repercussão verificada para além da lide processual se explica pela interferência fática que as decisões proferidas podem influir sobre a vida privada de cada indivíduo.

O ativismo judicial é um fenômeno ascendente e globalizado, disseminado pela transformação do pensamento coletivo acerca da estrutura estatal, devendo o Estado tutelar de forma eficiente os direitos e garantias por ele oferecido aos seus cidadãos. Esta posição em que o Poder Judiciário está sendo inserido pode ser vista através dos entendimentos formados pelas chamadas Súmulas Vinculantes, que demonstram uma postura formulada por um conjunto de teses jurídicas da jurisprudência dominante nos próprios tribunais e que é adotada de forma uniforme para direcionar julgamentos e manejar a atividade jurisdicional.

3.3 – Ativismo Judicial x Judicialização: diferenciações

O Poder Judiciário vem adquirindo um enorme espaço na grande mídia brasileira ao buscar a pacificação de conflitos sociais através do processo judicial. São muitas as matérias polêmicas que foram decididas judicialmente e que afetam diretamente o cotidiano dos cidadãos

brasileiros. Dentre os diversos julgados de caráter único, tem-se a ADI 3510²⁴, por exemplo, onde foi declarada a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, permitindo e regulando a pesquisas com células-tronco embrionárias, o que é de suma importância para o avanço medicinal e o tratamento de diversas doenças. Na época, esta era uma questão moralmente relevante e que coíbe ao Supremo Tribunal Federal determinar se as aquelas pesquisas violavam ou não o direito à vida.

Mas afinal, quando em um julgado há a ocorrência de ativismo judicial e quando se verifica a judicialização da política? Quais são as diferenças entre ambos? Para melhor demarcar o que exatamente se trata cada ação do Judiciário, deve-se entender o ativismo judicial como uma atuação dos magistrados manifestada através da aplicação direta da Constituição quando não houver expressa previsão em texto legal, independentemente de qualquer atitude do Poder Legislativo. Por outro lado, a judicialização deve ser interpretada como uma participação dos juízes ao decidirem sobre questões de caráter político e social que deveriam ser observadas pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Conforme ensina o professor Rafael Tomaz de Oliveira²⁵, as origens dos dois institutos são diferentes, enquanto a judicialização guarda uma natureza sociológica relacionada à política social, o ativismo judicial é atrelado à um procedimento de interpretação. Segundo Tomaz de Oliveira²⁶:

“A judicialização ocorre por fatores que não guardam relação direta com a ação do Poder Judiciário. São fatores contingentes, que se apresentam em razão da adoção de uma determinada política legislativa ou administrativa. Já o ativismo judicial decorre diretamente de um ato de vontade do Poder Judiciário. Como afirma Antonie Garapon, trata-se de um fenômeno que tem origem no desejo do julgador de operar algum tipo de mudança ou conservação de determinadas posições sociais.”

²⁴ Supremo Tribunal Federal STF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ADI 3510 DF. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ: 29/05/2008. **JusBrasil**, 2010. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720566/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3510-df>>. Acesso em: 01 Jun. 2019.

²⁵ TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael et al. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. **Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional**, 2012, p. 271.

²⁶ TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Ficha Limpa intensificou a judicialização da política**. Revista Consultor Jurídico. 2012. s.p. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-out-06/diario-classe-ficha-limpa-intensificou-judicializacao-politica>>. Acesso em: 01 de junho de 2019.

Nesse mesmo sentido, Lenio Luiz Streck (2011, p. 589) entende que “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”, sob outra perspectiva, pondera que 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 Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional”.

Consoante aos ensinamentos abordados, entende-se a judicialização da política como um procedimento de viés social com ocorrência na atuação dos magistrados, sujeitando aos processos judiciais conjunturas de naturezas políticas, econômicas e sociais, em detrimento das atuações do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Nesse escopo, a judicialização é efeito de uma extensão da competência dos tribunais.

Assim, pode-se aferir que a ADI 3510 mencionada anteriormente é um claro exemplo de judicialização, por ser uma matéria de suma importância para a sociedade em geral, fugindo da exclusividade do interesse jurídico, e que normalmente é assunto externo à atividade judiciária, mas que decidido foi pelo Supremo Tribunal Federal. Aparentemente um assunto adstrito da comunidade científica e de passível discussão moral e ética, o Poder Judiciário interviu para examinar a esfera jurídica do embrião, as controvérsias entorno do momento em que se inicia a vida e as pesquisas biológicas acerca do aproveitamento de células-tronco embrionárias auferidas da fertilização *in vitro* (FIV). Por mais que o STF não tenha requerido julgar esse caso por iniciativa própria, é nítida a movimentação envolta da judicialização das coisas, com questões sempre tendo seu fim no Judiciário, ao passo em que se observa uma crise democrática quanto à atividade dos poderes políticos, que por muitas vezes se mostram omissos.

De outra forma, um exemplo de ativismo judicial pode ser constatado na ADC 12²⁷, onde foi declarada a constitucionalidade da Resolução nº 7 de 2005 do Conselho Nacional de Justiça, modificando o sistema de contratação para o serviço público nacional e vedando o nepotismo no Poder Judiciário. Neste julgado, verifica-se a postura interpretativa dos

²⁷ Supremo Tribunal Federal STF – AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE: ADC 12 DF. Relator: Ministro Carlos Britto. DJ: 20/06/2008. **JusBrasil**, 2009. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719157/acao-declaratoria-de-constitucionalidade-adc-12-df>>. Acesso em: 02 de junho de 2019.

magistrados, em atuação proativa para vedar uma prática a partir da análise dos limites constitucionais que amparavam tal Resolução. O que há de se questionar aqui é sobre as fronteiras judiciárias e o alcance das suas decisões, sendo certo que não havia qualquer regramento anterior que vedasse o nepotismo dentro do Judiciário, apesar de ter havido julgamento apreciado dentro da legitimidade constitucional, tendo como referência a Constituição Federal e suas diretrizes.

A judicialização da política se demonstra como um fato circunstancial e rígido, por outro lado, o ativismo judicial se mostra sendo uma postura dos magistrados e tribunais, manifestadas por condutas de sua própria vontade, afastando-se de critérios jurídicos e com julgamentos que por vezes ultrapassam os limites da atuação judiciária. Ambos os institutos podem se conectar, posto que da judicialização é possível aferir comportamentos mais proativos dos juízes, igualmente como o ativismo.

Nesse sentido, ao argumentar que judicialização não é o mesmo que ativismo, Lenio Streck²⁸ diz:

“Se verificarmos bem, veremos que a judicialização é contingencial. Ela não é um mal em si. Ocorre na maioria das democracias. O problema é o ativismo, que, para mim, é a vulgata da judicialização. Enquanto a judicialização é um problema de (in)competência para prática de determinado ato (políticas públicas, por exemplo), o ativismo é um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade (chamo a isso de decisões solipsistas).”

A judicialização da política representa um agrupamento de fatores preexistentes à atuação judiciária, fundado em razões de natureza política e social. O grande aumento de matérias judicializadas ocorre devido ao costume, cada vez maior, em litigar questões de cunho ordinário. Isso sobrevém da ideia disseminada de que somente o Judiciário é um ambiente legítimo para se discutir questões que anteriormente eram deliberadas pelo plano político, especificamente, no Executivo e Legislativo. Essa situação é justificada pela descrença nos agentes públicos, sobretudo com o crescimento de escândalos de corrupção, que desprestigiam a classe política, assim como a necessidade do cidadão em ver a efetividade dos direitos fundamentais. Tudo isso culmina com a imagem do Poder Judiciário como referência da ação

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto, o ativismo judicial, em números?** Revista Consultor Jurídico. 2013, s.p. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros> >. Acesso em: 01 de junho de 2019

política.

Por outro lado, o ativismo está atrelado a uma vontade manifesta do magistrado em alterar os contextos políticos e sociais, caracterizado por uma profunda análise particular do juiz, que irá considerar suas próprias convicções pessoais para decidir no caso concreto, seja de feitio progressista ou conservador. Ao conceituar o ativismo, Antoine Garapon (1998, p. 54) define que “o ativismo 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”.

Portanto, os dois institutos não são a mesma coisa, contudo, a consequência de uma excessiva judicialização da política pode ser a geração de uma maior quantidade de decisões ativistas. O mesmo não ocorre de forma contrária, podendo o ativismo judicial apresentar-se sem uma judicialização exacerbada. Enquanto o ativismo se encontra dentro do próprio direito, em um contexto interpretativo, a judicialização está relacionada à não eficácia do funcionamento do sistema político.

3.4 – Ativismo Judicial e Judicialização: A proteção dos direitos sociais e a promoção de políticas públicas como causa de um Judiciário onipotente

Os direitos sociais são qualificados de duas formas, seja como uma prestação efetiva do Estado, no sentido de executar algum serviço, por exemplo, o fornecimento de saúde e educação, ou sob o parâmetro negativo da atuação estatal na esfera privada de cada cidadão. O ativismo judicial e a judicialização da política surgem a partir da falha dos poderes políticos em garantirem esses direitos, havendo uma necessidade de controlar judicialmente as decisões políticas do Estado.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXV, estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o que significa dizer que o mérito judicial envolve qualquer questão em que um direito garantido seja violado, inclusive pelo próprio ente estatal, seja na não intervenção da vida privada de qualquer pessoa, e a isto se inclui o acesso à justiça, permitindo o alcance do indivíduo à proteção judicial de um direito formal que ele considera infringido, através da promoção de uma ação, ou no não fornecimento de uma prestação obrigatória do Estado, especialmente no que se refere à políticas públicas de serviços básicos.

Nesse sentido, a tutela jurisdicional como instrumento de proteção de garantias constitucionais, por si só é um direito. A noção de direitos sociais como direitos fundamentais, anteriormente discutida pelo presente trabalho, fortalece o caráter de inviolável carregado por eles, sustentando valores que recaem sobre todo o ordenamento jurídico. É obrigação do Estado proteger e defender direitos fundamentais, mesmo que para isso ocorra uma interferência na competência de atuação dos três poderes constituídos, de forma a salvaguardar não somente esses direitos, mas também toda a carga valorativa que por eles é disseminada a todo arranjo jurídico.

Quando o Estado cumpre com as tarefas constitucionalmente estabelecidas em relação a um direito social ou desenvolve uma política pública para assegurar determinado direito de cidadania, a obrigação deixa de ser apenas positiva (de realizar) e passa também a ser negativa, de modo que o compromisso deixa de ser a mera atuação para satisfação social e passa a ser a abstenção de afrontar contra a consumação daquele direito.

Acerca dos direitos fundamentais, José Joaquim Gomes Canotilho²⁹ ao dissertar sobre o alcance dessas garantias e do seu provimento pelo Estado, dividiu em dois grupos a concepção de direitos ao acesso e utilização de prestações estatais, sendo o primeiro chamado de direito originário a prestações e o outro de direitos derivados a prestação. Sobre o direito originário diz que:

“Afirma-se a existência de direitos originários a prestações quando: (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos (2) se reconhece, simultaneamente, *o dever do Estado na criação* dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos. Exs.: (i) a partir do direito ao trabalho pode derivar-se o dever do Estado na criação de postos de trabalho e a pretensão dos cidadãos a um posto de trabalho?; (ii) com base no direito de expressão é legítimo derivar o dever do Estado em criar meios de informação e de os colocar à disposição dos cidadãos, reconhecendo-se a estes o direito de exigir a sua criação?”

Ainda, a lição dada por Canotilho³⁰ em relação aos direitos derivados é que:

“À medida que o Estado vai concretizando as suas responsabilidades no sentido de assegurar prestações existenciais dos cidadãos (é o fenómeno que a doutrina alemã

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993. p. 543

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993. p. 541-542

designa por *Daseinsvorsorge*), resulta, de forma imediata, para os cidadãos: - o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas criadas pelos poderes públicos (exs.: igual acesso às instituições de ensino, igual acesso aos serviços de saúde, igual acesso à utilização das vias e transportes públicos); - o direito de igual quota-parte (participação) nas prestações fornecidas por estes serviços ou instituições à comunidade (ex.: direito de quota-parte às prestações de saúde, às prestações escolares, às prestações de reforma e invalidez).’

Portanto, o direito ao acesso e à utilização das prestações do Estado não se limitam ao ato de promover essas prerrogativas, haja vista que o significado dos direitos derivados estabelece a exigência do cumprimento das prestações originárias. Significa dizer que, os direitos que demandam o cumprimento de alguma prestação se relacionam com direitos que requerem a sua proteção e a organização dos procedimentos que irão estipulá-los.

Todo direito que exige um conduta positiva do Estado, ou seja, que demanda uma prestação, está acompanhado de um direito de defesa, que por sua vez impõe o direito a um comportamento negativo do ente estatal, no que se refere à sua omissão, ou ainda, requer o cumprimento de prestações fáticas de cunho social, que igualmente compreende a garantia das prestações normativas legalmente estabelecidas.

A participação dos cidadãos, seja de forma direta ou indireta, garante uma maior legitimidade às decisões do Estado. De certo, no Poder Judiciário o indivíduo comum não possui qualquer papel de atuação que não seja o de apenas utilizá-lo para reivindicar direitos. Mas se o cidadão usa o Judiciário para buscar a efetividade de uma garantia que lhe é devida, isto não legitima eventual decisão, mesmo que política, que venha a ser proferida? Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 195), o indivíduo não possui apenas o direito de não permitir a interferência do Estado em sua vida privada, no sentido de não agir, pois ele também dispõe do direito de exigir uma atitude positiva estatal quanto à proteção de direitos garantidos.

Isto posto, a atuação dos magistrados e tribunais funcionam como uma espécie de garantismo para a efetivação de direitos sociais, especialmente quando os Poderes Executivo e Legislativo encontram dificuldades de fomentá-los. As decisões judiciais funcionam como meio de efetivar direitos, tanto de qualidade individual como a nível coletivo, por meio do ativismo judicial ou da judicialização da política, que ocuparam lugar de destaque nas atividades dos tribunais, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, dado que seus efeitos práticos se demonstram mais assertivos quanto à realidade fática brasileira.

Quanto ao destaque atribuído à Corte Suprema, é válido mencionar a função das súmulas vinculantes e a sua preocupação com a jurisprudência formada, demonstrando ser um oportuno mecanismo de economia processual e de tempo aproveitável frente ao grande volume de decisões judiciais, retratando assim a tendência codificadora do atual sistema jurídico.

A validade e a eficácia de todo o direito produzido pelo Poder Judiciário, seja na aplicação e proteção das leis (explícitas) ou na interpretação dos dispositivos legais e dos princípios constitucionais (implícitos), são assentadas nos preceitos dos direitos fundamentais, garantidores de direitos, visto que as decisões proferidas consideram as diretrizes impostas pela Constituição, que por sua vez atribui ao Judiciário a competência para atuar sobre o direito e a interpreta-lo.

Os direitos fundamentais e os direitos sociais não devem ser compreendidos apenas como direitos individuais, a sua reflexão deve ser mais ampla, abrangendo os valores neles intrínsecos. Ao Estado cabe a obrigação de proteger esses valores que envolvem a forma como a sociedade se organiza, o que ocasiona normas de imposição ou de proibição a determinadas condutas sociais. O caráter valorativo que os direitos fundamentais carregam influenciam na vida social e política, além de regularem a relação entre os cidadãos e o Estado, bem como a relação entre particulares. Essa carga valorativa é capaz de sugestionar a decisão do magistrado, configurando assim, uma atividade tipicamente atribuída ao ativismo judicial e à judicialização. Ainda que de cunho político, essa decisão encontra a sua legitimidade no próprio nível de relevância que se confere aos direitos fundamentais.

Enfim, a decisão judicial que tem como fundamento maior a concretização ou a defesa dos direitos fundamentais, ainda que exista conduta que exceda os limites de competência do Poder Judiciário ou do texto normativo, como nos casos de interpretação extensiva, justificam-se a partir dos próprios direitos protegidos e dos valores que carregados por eles. O raciocínio dessa afirmativa passa pela conclusão de que se as normas são produtos do Estado, no qual atua o seu Poder Judiciário, o magistrado ou o tribunal ao ultrapassarem os limites legais estão, ao mesmo tempo, defendendo os interesses desse Estado, haja vista que, os valores empreendidos no momento de criação da lei, sobretudo da Constituição, é o que se busca concretizar com plena eficácia.

Apesar de ser dividido em três poderes, cada qual com sua função, o Estado possui o

dever de guarnecer o bem social de seus cidadãos, independentemente de qual seja o Poder que irá conferir a efetivação das garantias e dos valores consagrados, posto que o Estado é um único ente e a prioridade deve ser o êxito das prestações voltadas a sociedade.

4 – CAUSAS QUE IMPULSIONARAM O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO POLÍTICA NO BRASIL

Questões de grande repercussão política e social cada vez mais são decididas pelo Poder Judiciário e os motivos que propiciaram essa atuação positiva são muitos, que vão desde à influência política-intelectual internacional até ao próprio modelo institucional adotado pelo Brasil e a uma representação política deficiente. Dentre as principais condições favoráveis a este fenômeno encontram-se: o surgimento de uma ordem democrática; as inovações trazidas pela Constituição de 1988 no âmbito do controle de constitucionalidade; a separação dos poderes; a existência de normas abertas, com conceitos jurídicos indeterminados e a crise de representatividade. Passemos a análise de cada um desses motivos:

a) O processo de redemocratização do país:

Sabe-se que, após um longo período de regime militar no Brasil, fez-se necessário o surgimento de uma Lei Maior que evitasse qualquer possibilidade de desrespeito a direitos e garantias fundamentais. Assim, a Constituição Federal de 1988 apareceu com inúmeras matérias que antes eram abordadas por um processo legislativo onde se era fácil cercear direitos de extrema relevância, tais como a vedação à tortura, a liberdade de imprensa, o amplo acesso à justiça, a invalidade de provas ilícitas, o devido processo legal, entre outros.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal atinge a atribuição de órgão encarregado da proteção aos dispositivos constitucionais, simultaneamente, judicializando-os. Ao garantir o acesso universal à justiça, a Constituição possibilitou aos indivíduos que seus conflitos sociais fossem levados a uma instituição independente e encarregada de impor o respeito às leis a aqueles que estivessem violando-as, e a isto se inclui o próprio Estado.

Ao abordar sobre a judicialização, Luís Roberto Barroso³¹ elucida que:

“Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em

³¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Consultor Jurídico. 2008, s.p. Disponível em < http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica >. Acesso em: 16 de junho de 2019.

confronto com os outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.”

b) O novo rol de legitimados para promover o controle de constitucionalidade e o novo modelo de ação de inconstitucionalidade:

A Constituição Federal de 1988 trouxe duas inovações importantes, sendo a primeira a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que é um dos meios de controle abstrato de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal quando houver omissão legislativa que vai ao encontro da obrigação constitucional de legislar, ou seja, que visa a tornar efetiva norma constitucional em razão de omissão de qualquer dos Poderes ou de órgão administrativo, e a segunda, a ampliação do rol dos legitimados para a propositura das ações diretas de inconstitucionalidade.

Na Constituição de 1946, somente o Procurador Geral da República poderia provocar o Poder Judiciário para que este promovesse o Controle de Constitucionalidade. Por sua vez, a Carta Magna de 1988 permite a mesma prerrogativa ao Presidente da República, às Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, das Assembleias Legislativas dos Estados e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, ao governador de Estado e do Distrito Federal, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ao partido político com representação no Congresso Nacional e à Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Sendo assim, como consequência de um maior número de legitimados que representam diversos segmentos sociais, tem-se matérias de diferentes naturezas para serem decididas pela instância máxima do Poder Judiciário.

A partir dessa inovação constitucional, demandas com grande repercussão social foram decididas pelo Tribunal Constitucional, dentre elas, a inconstitucionalidade de um dispositivo que se encontrava presente em 12 (doze) constituições estaduais, no qual havia a previsão de que para o governador de estado ser processado criminalmente o Judiciário precisaria da autorização da Assembleia Legislativa., sendo a sua inconstitucionalidade considerada pelas

ADIs 4798, 4764 e 4797; a constitucionalidade das pesquisas com células-tronco (ADI 3510); a proibição de financiamento privado em campanhas eleitorais (ADI 4650); a declaração da constitucionalidade da Resolução nº 7, de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, que vedou o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário (ADC 12); e, recentemente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26), que enquadrou a homofobia e a transfobia como sendo crime previsto pela Lei nº. 7.716/1989, conhecida como Lei do Racismo.

Por sua vez, a introdução da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão permitiu que o Poder Judiciário reconhecesse a mora do Legislativo e do Executivo, principalmente quanto à regulamentação de normas programáticas e a sua exigibilidade face aos programas de governo, sob pena de existir um direito constitucional simbólico, sem nenhuma aplicabilidade efetiva.

c) O modelo de separação dos Poderes trazido por Montesquieu:

Em sua obra intitulada “O espírito das Leis”³², Charles Louis Montesquieu redefiniu a estrutura do Estado ao defender a diminuição do sistema de governo em que o poder se concentrava em uma única figura específica e propor a sua separação, objetivando uma melhor divisão de atribuições e competências, tornando cada órgão especializado em determinada função. Montesquieu argumentou que a reformulação das instituições políticas por meio da divisão de três poderes ser a solução para o rompimento observado dentro do regime absolutista que vigorava à época.

Influenciada por este pensamento, a Constituição Cidadã assentou que os três poderes estabelecidos seriam independentes e harmônicos entre si, inexistindo qualquer grau de hierarquia. Foi nesse contexto que o Poder Judiciário, por meio do sistema de freios e contrapesos, encontrou-se legitimado para controlar atitudes abusivas e contrárias às normas, positivas ou negativas, dos representantes dos Poderes Legislativo e Executivo, o que nos séculos passados não era permitido, na medida em que a função jurisdicional era vista como de menor relevância, jamais podendo impor aos demais poderes qualquer limitação que não fosse decorrente da própria separação.

³² MONTESQUIEU, Charles Louis. **Do Espírito das leis**. Coleção Os pensadores-Montesquieu. São Paulo, Abril Cultura, 1973.

Ao abordar as causas da judicialização e reconhece-la como sendo um fenômeno no qual fatores sociais, morais e interesses políticos são considerados na tomada de decisão pelo Poder Judiciário, Luís Roberto Barroso³³ expõe que:

“Há causas de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil.”

d) A existência de normas abertas com conceitos jurídicos indeterminados:

Com a existência de conceitos indeterminados, das cláusulas gerais, dos conceitos normativos, dos conceitos discricionários e das normas programáticas, o órgão julgador passa a ter o papel de adaptar o direito ao caso concreto, deixando de atuar somente por meio da subsunção do fato a norma, adaptando a legislação à dinâmica social.

Outrossim, diante dos inúmeros conflitos sociais, ainda mais em um país que ultrapassa o número de 200 milhões de habitantes como o Brasil, torna-se inviável que existam normas que possam abarcar todos os atritos da sociedade, estabelecendo condutas e penalidades para todas as relações jurídicas. Ainda, não rara são as vezes em há leis divergentes normatizando as mesmas circunstâncias de um caso concreto. Nesse sentido, Hans-Georg Gadamer³⁴ preceitua que:

“tanto para a hermenêutica jurídica quanto para a teleológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou do anúncio – e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na pregação. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica (...) se quisermos compreender adequadamente o texto – lei ou mensagem de salvação –, isto é, compreendê-lo de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar.”

As indeterminações do texto normativo possibilitam, pois, um grau de discricionariedade do julgador, conduzindo os órgãos do Poder Judiciário a uma posição de

³³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.439.

³⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2005.

protagonismo e de notoriedade, com a responsabilidade de aplicar a justiça nos casos em que a norma se demonstra incompleta.

e) A influência do sistema jurídico Common Law:

Embora a Constituição Federal de 1988 adote expressamente em seu art. 5, inciso II, a lei como fonte primária do Direito, revelando-se a influência romano-germânica no ordenamento jurídico pátrio, a norma não escrita teve grande interferência sobre a Carta Magna e demais normas infraconstitucionais ao possibilitar a criação de normas jurídicas pelo Poder Judiciário, tarefa originalmente e privativamente atribuída ao Poder Legislativo.

No âmbito das normas inferiores, esse sistema não positivado colocou-as em patamar tão elevado que, ao valorizar as decisões judiciais e dependendo de sua natureza, havendo desrespeito a seus conteúdos, o juiz poderá julgar liminarmente improcedente o pedido formulado na petição inicial (art. 332, NCPC) ou, caso exista decisão judicial em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado em regime de repercussão geral, negar seguimento a recurso extraordinário (art. 1.030, inciso I, alínea 'a', do NCPC).

No que se refere à própria Constituição Federal, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 instituiu a Reclamação, uma ação originária que garante a preservação da competência do STF e garante a autoridade de suas decisões. Assim, se um ato administrativo ou decisão judicial contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula.

Percebe-se, pois, que a criação das Súmulas Vinculantes possui inspiração no modelo de precedentes judiciais, utilizados no sistema de Common Law, cuja origem pertence ao direito medieval da Inglaterra. Desse modo, ao facultar que um juiz ou turma colegiada crie normas jurídicas a partir de um caso concreto, estar-se-á colaborando com o fenômeno do judicialização e do ativismo judicial, nesta última hipótese, caso ultrapasse o limite estipulado pela norma escrita.

f) A crise de representatividade no Brasil:

Outro fator determinante que tornou o ativismo judicial e a judicialização da política em uma particularidade marcante no século XXI foi a abstenção dos detentores de mandatos eletivos em executar suas funções principais, quais sejam, a de legislar e executar. Parte de tal omissão advém do receio por parte dos representantes políticos de que haja uma repercussão negativa ao despertar questões polêmicas, na qual exista grande polarização social, como nos temas sobre a descriminalização do aborto, da política de legalização e combate às drogas e criação de novos tipos penais. Nota-se uma preocupação com a preservação de uma aparência moral que acaba por restar ao Judiciário a tomada de decisões em questões controvertidas.

Parte da crise de representatividade brasileira advém dos diversos processos de investigação criminal que cercam a classe de representantes políticos. Por sua vez, os representados passam ignorar a finalidade dos partidos políticos, que é a de concretizar a democracia e efetivar a cidadania. Desse modo, o cidadão que procura uma resposta mais rápida e eficaz enxerga nos tribunais a possibilidade de alcançar a devida prestação pública, em razão de sua insatisfação com os comportamentos comissivos e omissivos dos parlamentares e dos chefes do Poder Executivo. É impreterível dizer que a concretização dos direitos e garantias fundamentais através de decisões judiciais decorrem da necessidade de se preencher uma lacuna não suprida pelos detentores de mandato eletivo.

5 – A NECESSIDADE DE DISCUTIR O ATUAL MODELO DE TRIPARTIÇÃO DE PODERES E A LEGITIMAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL E DA JUDICIALIZAÇÃO

O modelo de tripartição de poderes que separa o Estado entre Poder Executivo, Legislativo e Judiciário estabelece a necessidade de impedir que aquele que cria o direito disponha da sua livre aplicação e interpretação, evitando assim um regime estatal autoritário. Não obstante, o gradual aumento de omissões legislativas, a falta de estrutura, o despreparo e a ausência de diálogo entre representantes de diversas classes e vertentes políticas que se observa dentro dos poderes legislativos, principalmente em países periféricos e em desenvolvimento, ocasionam uma prática do Poder legislativo pouco célere e efetiva, não atendendo às demandas e anseios sociais, que em um mundo cada vez mais globalizado, agrava a precarização em inúmeras sociedades.

Com o abrupto avanço das mudanças sociais decorrentes de uma era globalizada e moderna, certamente o poder de legislar foi o mais afetado, posto que foi visto um certo esvaziamento das suas atribuições na medida em que o Poder Executivo passou a editar normas com caráter de lei, através das medidas provisórias, sendo capaz de manter a devida governabilidade de um país, ao menos até certo ponto.

Simultaneamente, o Poder Judiciário possui a incumbência de determinar o direito no caso concreto, ou seja, afirmar ou negar o conteúdo de uma norma produzida pelo Poder Legislativo, aplicando ou afastando o texto normativo editado pelo poder legislador, da mesma forma funciona com as mencionadas medidas provisórias, ações do Poder Executivo, interferindo não somente na interpretação das leis, mas também extraindo o verdadeiro significado delas segundo o seu próprio entendimento.

Contudo, as novas adequações vistas na sociedade trazem inéditos desafios ao Estado e seus Poderes, com acontecimentos atípicos que muitas das vezes nem sequer foram pensadas ou normatizadas. Acompanhado pela ausência de atividade do Poder Legislativo, seja pela falta de discussão ou de celeridade do processo para elaboração de normas, tem-se o insucesso do Poder Executivo em administrar e alcançar as pretensões dos seus cidadãos. Tudo isso faz com que surjam juízes mais ativos processualmente, haja vista a necessidade, também entendida como uma espécie de obrigação, em fornecer ao povo as respostas e os serviços que anseiam.

Segundo Jônas Luiz Moreira de Paula, o modelo de Tripartição de Poderes pode ser relativizado na medida em que o Estado possui propósitos definidos, fixados pelas diretrizes previstas pela Constituição Federal, que devem ser seguidas e cumpridas, pelos agentes públicos e por toda a sociedade brasileira, conforme exposto em seu artigo 3º:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Argumenta o autor que a Constituição, ao fixar esses objetivos a serem perseguidos, dispôs que toda a atividade do Estado brasileiro deve respeitar as orientações desse artigo, devendo ele servir de parâmetro para todas as práticas estatais, incluindo eventuais julgamentos acerca da inconstitucionalidade de normas produzidas e dos atos de vontade de cada um dos Poderes estabelecidos que compõe a estrutura do próprio Estado.

Os agentes políticos que constituem os Poderes Executivo e Legislativo possuem mandatos eletivos, legitimados pela democracia em si, compreendidos como sendo a representação dos eleitores nas esferas políticas, indiretamente e através do voto. Isso significa dizer que toda proposta trazida por um desses membros está amparada por uma garantia de legitimação. Por outro lado, a Constituição também prevê as bases legais para a investidura nos cargos da magistratura, em qualquer instância, ratificando o exercício de suas atividades e a sua competência decisória. Isto é, existe um pequeno espaço político onde o Poder Judiciário é capaz de transitar, ao mesmo tempo que a formatação dos Poderes do Estado define a proibição desse tipo de conduta.

Faz-se necessário o questionamento a respeito da clássica teoria de separação dos poderes, pensada por Montesquieu durante a passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal, tendo em vista que uma nova realidade social se encontra inserida por toda a coletividade, sendo capaz de redefinir até mesmo a estrutura do Estado. Uma percepção rasa de que a justiça baseada no direito é apenas um objeto da realização do ordenamento jurídico está de certo modo ultrapassada, posto que a realidade tem se mostrado cada vez mais fluida e evolutiva, enquanto a lei se caracteriza como estável e não sempre consegue se adequar às mudanças ocorridas, o que torna inevitável a atuação dos magistrados.

O ativismo judicial e a judicialização de matérias políticas, presentes no contexto jurídico brasileiro e em tantos outros países, por ação de concretização de direitos, demonstram a necessidade de ao menos se discutir a amplitude de poderes, como por exemplo, a interferência do Poder Judiciário na esfera política ou a atividade legislativa do Poder Executivo por meio de medidas provisórias. De certo modo, o controle das funções denominadas como atípicas de cada Poder existe, contudo, não se mostra plenamente eficaz quando questões de natureza moral, ética ou que envolvem princípios e valores estabelecidos pela Constituição Federal estão presentes.

O sistema de freios e contrapesos consiste no controle do poder pelo próprio poder, quer dizer, cada Poder possui autonomia para exercer a sua função, em que um controla o outro a fim de evitar qualquer abuso no exercício do seu encargo. Porém, esse princípio deixa de considerar fatores que atualmente se encontram em voga, por exemplo, a tutela de direitos coletivos, difusos e transindividuais, amplamente abordados pela Constituição de 1988. O que se pretende aqui não é argumentar em favor da supremacia do Poder Judiciário com relação aos outros dois Poderes, mas sim compreender que o intrometimento judicial em questões de natureza política se demonstra fundamental quando se trata de respeito a direitos constitucionalmente convencionados.

Os três Poderes devem sempre respeitar a ordem normativa, considerando que a Constituição assim determinou, entretanto, foi ao Poder Judiciário que ela estabeleceu o controle e a aplicação da lei. O comportamento ativo dos magistrados no âmbito político têm se mostrado como parte da aspiração democrática que deve reger todos os países, conduzido questões sociais que são parte do compromisso do Estado com os seus cidadãos, cabendo ressaltar aqui a mais recente decisão do Supremo Tribunal Federal³⁵ ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 e o Mandado de Injunção nº 4.733, que tornou o Brasil o 43º país do mundo a criminalizar a homofobia, que além de tudo é uma violação do direito humano fundamental de liberdade.

O que se vislumbra é a necessidade de debater uma possível reformulação da estrutura de divisão das funções e atribuições dos Poderes do Estado, de forma que a tomada de decisões

³⁵ Supremo Tribunal Federal STF – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: ADO 26 DF. Relator: Ministro Celso de Mello. 2019. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053> >. Acesso em: 23 Jun. 2019.

políticas, quando para cumprimento de garantia constitucionalmente estabelecida, sobretudo relacionadas a direitos sociais, não seja objeto de questionamento para nenhum dos entes estatais, uma vez que o bem principal de uma nação é o seu próprio povo.

6 – CONCLUSÃO

Soluções adotadas na seara judicial para reconhecimento de direitos fundamentais, frente a morosidade política do Poder Executivo e Poder Legislativo, bem como a intervenção sobre atos administrativos discricionários, demonstram progressivamente alterações na realidade social. É de extrema relevância para o ordenamento jurídico que se estabeleçam limites e responsabilidades, principalmente no âmbito de políticas públicas, bem como as políticas executivas e os atos discricionários, para que a sociedade possa compreender, com clareza e interioridade, os meios legais que aparam a relação entre o Poder que é eleito por ela e o Poder que julga a legalidade de suas ações.

A omissão legislativa e a falha administrativa do gestor público diante do dever de dar efetividade plena à Constituição da República não é, em alguns casos, corroborada pela também omissão do Judiciário, que se vê praticamente obrigado a fornecer uma resposta frente a uma ânsia da sociedade brasileira por soluções. Por vezes, sem refletir se isto será benéfico para o processo de democracia e para a separação de poderes, ao ponto que, não se vislumbra limites e/ou imposições para o âmbito de atuação.

Interpretar limitando-se ao sentido da lei ou pela vontade do legislador não impede que ao juiz seja necessário fazer uma construção hermenêutica em busca de solução para o caso concreto. A atuação do juiz está entre não ultrapassar os limites da racionalidade jurídica e da racionalidade política. É inevitável evitar todas as lacunas das normas jurídicas, ou seja, haverá o momento em que o aplicador da norma terá que preencher o “vazio” jurídico em uma situação real, porém, não há uma regra ou procedimento de como isso ocorrerá. Talvez o maior nome do positivismo jurídico do século XX, Hans Kelsen, já havia observado tal fenômeno, quando entendeu que a norma jurídica representava uma moldura que deveria ser preenchida durante o processo hermenêutico, pois continha diversos espaços em branco.³⁶

³⁶ "O Direito a aplicar forma, em todas as hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. "Se por 'interpretação' se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem", Hans Kelsen, **Teoria pura do direito**, 6. ed., 2. reimp. (São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 390).

Neste sentido, Celso de Mello³⁷, ministro da Suprema Corte do país, sustentou:

“Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.”

Por conseguinte, observa-se a relevância do assunto e a atualidade de sua discussão, ganhando cada vez mais destaque nacional, na medida que o ativismo judicial se veste da aparência de propagar a máxima efetividade dos direitos presentes na Constituição Federal frente à frustração das políticas públicas implementadas, ou a falta delas.

Se por um lado as omissões do Executivo ou do Legislativo legitimam o judiciário a intervir na tutela dos direitos fundamentais, deve-se observar que a legitimidade política do Judiciário em si o impede de se tornar o regular agente iniciador dos objetivos fundamentais da República brasileira. Os juízes assumem seus cargos através de concurso público, sem nenhuma participação popular, assim como no âmbito dos tribunais superiores, como o Supremo Tribunal Federal, que possuem em seus magistrados escolhas de chefes do Executivo, também não havendo participação popular. É de se pensar e analisar que a escassez democrática do Poder Judiciário no enfrentamento de assuntos com maior gravidade enfraquece a legitimidade do Estado como o agente promotor da ordem social e do desenvolvimento humano, uma vez que as escolhas políticas fundamentais realizadas pelo Judiciário não possuem a mínima representatividade popular, conseqüentemente, não podendo ser reivindicadas pela sociedade, diferentemente do Executivo e do Legislativo, que possuem seus cargos submetidos a escolha popular.

Com efeito, há a necessidade de estabelecer requisitos de segurança para que a dinâmica de atividade da judicialização política e, principalmente, do ativismo judicial seja de fato um exercício apenas para promover o bem estar dos cidadãos e a efetividade dos direitos sociais,

³⁷ Celso de Mello, Discurso proferido, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23.4.2008. Disponível em: www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf, p. 12.

apreciando o seguimento de uma nova realidade que se impõe no contexto social, com problemas inéditos que podem surgir a todo momento.

A atividade judicial deve prezar pelo bom direito, aquele que não compromete a ordem justa e imparcial que deve reger o Estado, capaz de beneficiar o cidadão pelo simples cumprimento das diretrizes legais. Especificamente nesse sentido, decisões judiciais produzidas no escopo político devem ser revestidas de legitimidade na medida em que buscam impor ao próprio Estado a efetivação dos valores sobre os quais está fundamentado.

A imprescindibilidade de concretizar os direitos sociais provocou uma intensificação da atuação do Poder Judiciário visto que os poderes políticos frequentemente apresentam falhas no seu desempenho, sendo certo que as decisões judiciais procuram corrigir essas imperfeições como forma de garantir aos indivíduos a essencialidade das condições básicas para que tenham uma vida digna por meio da proteção fornecida pelo estado de direito.

O ativismo judicial e a judicialização somente demonstram eficácia se de fato forem pensados como meio de oferecer proteção aos direitos fundamentais. Apesar de alguns aspectos negativos, esses dois fenômenos são capazes de propiciar maiores proveitos a aqueles que mais necessitam de proteção de seus direitos, devendo ambos servirem como instrumentos de prestações qualitativas por parte do Estado no sentido de uma boa justiça prestada, uma eficiente administração pública e uma efetiva atividade legislativa.

REFERÊNCIAS

- AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 286.
- BAMFORTH, Nicholas, **Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act 1998**, Public Law, 1998, p. 572-58.
- BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Atualidades Jurídicas. Brasília, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 30 de março de 2019.
- BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. **Tendências do direito público no limiar de um novo milênio**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 389.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 24ª. ed, Malheiros Editores, São Paulo, 2009, p. 655.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARBONELL, Miguel. **El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. El canon neoconstitucionalismo**. Madrid: UNAM/Trotta, 2010.
- CARDOSO, Oscar Valente. **Ativismo judicial ou inativismo parlamentar?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2865, 6 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/texto/19047>>. Acesso em: 26 de maio de 2019.
- COMPARATO. Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- COSTA JUNIOR, Lucas Danilo Vaz. **O Ativismo judicial no processo civil constitucional: mecanismo fundamental para corrigir distorções e concretizar direitos**. MPMG Jurídico – Ano II – número 10 – julho/agosto/setembro de 2007. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=2ahUKEwiOkIj9usfiAhWQKLkGHXJtDTUQFjACegQIBhAC&url=https%3A%2F%2Faplicacao.mpmg.mp.br%2Fxmlui%2Fbitstream%2Fhandle%2F123456789%2F671%2F3>>

.3.3%2520o%2520ativismo%2520judicial%2520no%2520processo.pdf%3Fsequence%3D1&usg=AOvVaw32ict78iFXS-E7UurKTDxJ> Acesso em: 26 de maio de 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 78.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2005.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas. Justiça e Democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

HERKENHOFF, João Baptista. **Gênese dos direitos humanos**. 2. ed. Aparecida: Santuário, 2002.

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito / Hans Kelsen** - [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 31.

MEIRELES, Ana Cristina Costa Meireles. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 93.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTESQUIEU, Charles Louis. **Do Espírito das leis**. Coleção Os pensadores- Montesquieu. São Paulo, Abril Cultura, 1973. MONTESQUIEU, Charles Louis. **Do Espírito das leis**. Coleção Os pensadores- Montesquieu. São Paulo, Abril Cultura, 1973.

Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 6, 2005, p. 543-544.

RIVERO, Jean. *Libertés publiques*, v. I, Paris: PUF, 1973, p. 52 e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, **Curso de direito constitucional**, 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 248.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 195

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidade**. In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L.; OLIVEIRA, F. (Org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 286-287.

SOUZA, Michael Wender de Paula. **O Direito como expectativa de Justiça. O ativismo judicial e o Supremo Tribunal Federal**. – 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto, o ativismo judicial, em números?** Revista Consultor Jurídico. 2013, s.p. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros> >. Acesso em: 01 de junho de 2019

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso. Constituição hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. p. 32-33.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Ativismo Judicial e políticas públicas: direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011, p. 105.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael et al. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. **Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional**, 2012, p. 271.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Ficha Limpa intensificou a judicialização da política**. Revista Consultor Jurídico. 2012. s.p. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2012-out-06/diario-classe-ficha-limpa-intensificou-judicializacao-politica> >. Acesso em: 01 de junho de 2019.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial**. São Paulo: Renovar, 2008.