

O ATIVISMO JUDICIAL ¹

Rafael Déo Fenório²

Resumo: Este artigo possui como objetivo analisar a repercussão que o ativismo judicial tem provocado diante da judicialização da política sob a justificativa de efetivação dos direitos fundamentais sociais e garantia do mínimo existencial, perante a inefetividade do Estado em prover políticas públicas indispensáveis a assegurar a tutela dos interesses dos seres humanos, sobretudo os mais vulneráveis da sociedade. Visa abordar temas atuais, como a crise econômica do Estado, a reserva do possível, a deficiência orçamentária e o embate gerado frente a decisões judiciais que, direta ou indiretamente, causam impactos financeiros ao erário sob a máxima de garantia dos direitos fundamentais constitucionais indispensáveis a uma vida digna.

Palavras chave: Ativismo Judicial. Direitos Fundamentais. Neoconstitucionalismo. Mínimo existencial. Reserva do possível.

Abstract: This article aims to analyze the repercussion that judicial activism has provoked before the judicialization of politics under the justification of effective social rights and guarantee the existential minimum, in view of the ineffectiveness of the State in providing public policies indispensable to ensure the protection of interests human beings, especially the most vulnerable in society. It aims to address current issues, such as the state economic crisis, the reserve of the possible, the budget deficiency and the conflict generated in the face of judicial decisions that, directly or indirectly, cause financial impacts to the treasury under the maxim of guaranteeing the constitutional fundamental rights indispensable to a dignified life.

Keywords: Judicial Activism. Fundamental rights. Neo-constitutionalism. Existential minimum. Reservation of the possible.

Introdução

Um dos principais dilemas enfrentados pela jurisprudência constitucional na atualidade é a definição dos limites do controle judicial na esfera de atuação dos outros poderes da república – *Executivo e Legislativo*.

Tem-se como um dos pilares estruturais fundamentais da República Federativa do Brasil o princípio da separação dos poderes, o qual, conforme dispõe

1 Artigo científico elaborado como trabalho final de conclusão do Curso de Especialização em Jurisdição Federal – Turma Especial 2018.

2 Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelas Faculdades Damásio. Servidor público federal do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região.

o art. 2º da carta constitucional, prevê a coexistência harmoniosa dos três poderes. Apesar dessa regra constitucional, há hipóteses em que o poder judiciário pode interferir na esfera de atuação do outro poder da república, desde que nos limites autorizados pela própria Constituição Federal, sem que isso viole o princípio da separação dos poderes.

A análise desses limites se vincula diretamente com a evolução do estado constitucional, do qual é possível identificar determinados modelos, reunidos em pelo menos três grupos distintos: o Estado Constitucional Liberal (Estado Liberal de Direito), o Estado Constitucional Social (o Estado Social de Direito) e o Estado Democrático de Direito, encaminhando para a formação do constitucionalismo democrático contemporâneo, o chamado “neoconstitucionalismo”.

Nesta ótica evolutiva, nota-se que o estado constitucional passou de um estado liberal, isto é, não intervencionista, para um estado garantidor de direitos sociais, assumindo a responsabilidade de garantir políticas públicas de forma a efetivar o papel de implementador de direitos sociais, como educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados (CF/88, art. 6º).

Além disso, o Estado ainda assumiu o dever de assegurar outros direitos fundamentais que exigem uma atuação concreta, como a defesa do meio ambiente, na defesa dos direitos humanos, no desenvolvimento do progresso, todavia, esbarra em limites de ordem política e orçamentária. Dessa carência de efetividade do Estado, nasce a ameaça ou lesão ao direito, atraindo a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para garantir o cumprimento de direitos previstos constitucionalmente.

A perspectiva que se espera do Estado, como garantidor dos direitos, está amparada no texto constitucional, sobretudo nas normas de conteúdo programático. Aliás, muito se discutiu acerca da eficácia das normas programáticas, entendendo-se, num primeiro momento, tratarem-se de meros comandos do constituinte ao legislador e ao administrador, sem aplicabilidade no plano dos fatos. Essa posição tem sido questionada, haja vista a constante omissão do poder executivo e legislativo em efetivar direitos previstos na Carta Magna.

Diante da ineficiência do Estado legislador e executor, o judiciário é constantemente acionado com vistas a assegurar, por ordem judicial, a implementação de direitos que deveriam, em tese, ser concretizados de forma universal pelos demais poderes da república.

Dessa forma, a jurisprudência tem avançado em diversos temas sociais que, sob uma visão superficial, poderia se concluir como “uma intervenção de um poder no outro”, isto é, o Poder Judiciário “legislando” e “executando” medidas para garantir o gozo de direitos no caso concreto, quando instado a fazê-lo.

Daí a importância em se avaliar os pontos controvertidos que alimenta o embate em torno do ativismo judicial e o sistema constitucional de separação dos poderes, entraves que, por vezes, acaba impedindo o pleno gozo de direitos constitucionais.

Considerando a conjuntura apresentada, o presente artigo visa debater os principais aspectos, limites e possibilidades da atividade jurisdicional, na perspectiva da criação normativa e as decisões jurídicas no caso concreto. Portanto, tem por escopo identificar o ativismo judicial na ótica do neoconstitucionalismo no Estado brasileiro.

Para tanto, utiliza-se da sistemática metodológica fundada na pesquisa qualitativa, com base na doutrina, normas jurídicas e jurisprudência, adotando-se o método hipotético-dedutivo, de cunho descritivo e analítico, com o qual avaliam-se os conteúdos literários descritivos e informativos, a fim de proceder ao estudo dos limites e possibilidades do ativismo judicial, tendo como pano de fundo o neoconstitucionalismo.

1. Uma breve contextualização sobre a evolução do Estado Constitucional

No predomínio do Estado Absoluto, marcado pela arbitrariedade do exercício do poder pelo monarca, com a finalidade de se libertar das amarras do absolutismo, a burguesia se rebelou diante do cenário identificado pela repressão e exploração política, não obstante ser detentora do poder econômico, fazendo emergir o Estado Liberal.

A bandeira levantada pela burguesia tinha como pano de fundo limitar o poder do Estado para assegurar direitos políticos e garantias individuais. Essa ambição protagonizada pela burguesia fez nascer o estado liberal, delineado pelas ideologias de Adam Smith, na máxima do *“laissez faire, laissez passer”*, postulado iluminista que retrata a total liberdade dos indivíduos de produzir a própria riqueza, desvinculado de atuação estatal³.

Não há dúvidas de que o Estado liberal, propulsionado pela Revolução Industrial, criou uma sociedade extremamente desigual, com a concentração de riquezas nas mãos de poucos, enquanto que a massa de trabalhadores era explorada e mal conseguia sobreviver com os frutos laborais.

Aliás, essa foi a principal chama que alimentou os fervores da busca pela mudança sob o aspecto social, unindo os trabalhadores por meio de sindicatos trabalhistas, que logo se vincularam a partidos políticos, ganhando força política para impulsionar as necessárias reformas de Estado.

A ineficácia do Estado em solucionar os problemas sociais em razão das práticas liberais redimensionou o modo de agir e o papel do Estado, diante da insatisfação da grande massa de trabalhadores, que viviam na miserabilidade.

Rogou-se, dessa forma, a intervenção estatal com o propósito de equilibrar economicamente a sociedade, em busca da harmonia e paz social, passando à concretização do Estado de Bem-Estar Social. Segundo Justen Filho, *“a ideia de Estado de Bem-Estar envolve o ativismo socioeconômico dos organismos políticos. Isso equivale a reconhecer ao Estado o dever de modelar as relações sociais vigentes na comunidade”*.⁴

A consagração desses ideais sociais e democráticos foi alavancada por meio do legislativo, que representa o povo. Os direitos sociais, assim, não foram concebidos de maneira espontânea pelo detentor do poder, tampouco conduzidas por juristas, mas, sim, por meio de difíceis entraves sociais, muitas vezes, por lutas

3 Cf. Carvalho Filho. *Estado mínimo x Estado máximo: o dilema*. Revista eletrônica sobre a reforma do Estado 12/3.

4 Cf. Justen Filho. *O direito das agências reguladoras independentes*. p. 20.

sanguinárias, e pela negação de antigos regimes⁵. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “a História não registra gestos coletivos de generosidade das elites para com as camadas carentes (ainda que pródiga em exemplos dela no plano individual).”⁶

A consequência prática das revoluções sociais foi a constitucionalização dos direitos fundamentais sociais. Uma das mais importantes transformações do Direito Constitucional no mundo ocorreu no pós segunda guerra mundial, com a derrota dos governos nazifacistas, verificou-se a necessidade de se instituir catálogos de direitos e garantias fundamentais em defesa dos indivíduos frente aos abusos do poder estatal.

O Estado Social é marcado pelo *intervencionismo positivo* estatal, por meio de instituição de políticas públicas com o fim de efetivar o papel de garantidor de direitos sociais. Todavia, esse ônus repassado ao Estado o vincula a uma série de implicações, sobretudo nas questões econômicas e governamentais.

No Brasil, especificamente, considerando esse contexto, é possível identificar uma nova linha política adotada no país, sobretudo na década de 90, quando emergiu a fase do Estado Neoliberal. Esse modelo político prega a ideia de constitucionalismo sintético, isto é, preocupado apenas com a organização política e as liberdades individuais, de forma a “enxugar” a máquina pública.⁷

Nesta última fase, no Estado Neoliberal, marcada por diversas reformas constitucionais, privatizações de empresas estatais, concessões de serviços públicos, instituição de parcerias público-privadas, abertura de mercado internacional, sob o primado da meritocracia, teve como corolário tornar o Estado menos centralizador, afetando a ordem econômica e social, resultando na ideia de redução da tutela das minorias. Nos dizeres de Paulo Luiz Netto Lôbo “acabar com a ideia de justiça social é o principal objetivo do neoliberalismo⁸.”

5 Cf. Luigi Ferrajoli. *Juspositivismo crítico y democracia constitucional*. p. 16.

6 Cf. Celso A. B. de Mello. *A democracia e as dificuldades contemporâneas*. p. 19.

7 Cf. Eduardo Cambi. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. p. 293-4.

8 Cf. Paulo Luiz Netto Lôbo. *Direito do Estado federado ante a globalização econômica*, item 7.

A política neoliberal não foi exitosa em resolver os problemas relacionados à gravíssima desigualdade social, alastrada em razão da péssima distribuição de renda. Essa política, no contexto social brasileiro, onde os direitos sociais ainda não foram integralmente promovidos, defende-se a defesa de uma teoria adequada a países de modernidade tardia⁹

Cumprir destacar que o Estado Social é aquele que satisfaz as necessidades básicas da sociedade – *mínimo existencial* – garantindo o indispensável para tutelar os interesses dos seres humanos mais vulneráveis, primado que visa a garantia da dignidade da pessoa humana. Não se confunde, todavia, com o Estado Assistencialista, o qual se caracteriza como aquele que assume todos os encargos para efetivar os direitos, ampliando demasiadamente o aparato estatal, tornando o Estado mais burocrático e ineficiente¹⁰.

Assim, o Estado deve ser instado a satisfazer as necessidades da população, se obrigando a realizar o mínimo, como por exemplo, garantir a educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados, administração da justiça, e outros, como os previstos no art. 6º da Constituição Federal. Não se tratam de direitos meramente programáticos, a depender da atuação legislativa e implemento pelo poder executivo, pois são normas com força jurídica e vincula o poder estatal, sendo que a sua não realização implica no reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão¹¹.

Desencadeada a constitucionalização dos direitos sociais,

“abandonou o Estado, nestes últimos três quartos de século, o seu papel negativo, ausente, para se transformar em Estado positivo, procurando conscientemente equilibrar as forças econômicas da sociedade, mitigando as consequências do próprio princípio individualista de produção. (...) Interveio decididamente no domínio

9 Cf. Lenio Streck. A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da Constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia. p. 27-64.

10 Cf. Luiz Fernando Coelho. Direito Constitucional e filosofia da Constituição. p. 302.

11 Cf. Eduardo Cambi. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. p. 295-6.

*econômico e no mercado de mão de obra, com novos princípios de Estado de direito e de bem-estar*¹².

No âmbito da efetividade dos direitos sociais, a hermenêutica constitucional deve ser contemplada como uma *ordem objetiva de valores* ou um *sistema aberto de princípios*. Sob esta ótica, o *Neoconstitucionalismo* emerge como um sistema que visa *equilibrar* as amarras do direito positivo, concebido como um conjunto de normas jurídicas de caráter fechado e estático - que já se mostrou insuficiente num universo em que a sociedade está em constante evolução – diante da insegurança jurídica que uma estrutura jurídica baseada exclusivamente em princípios provocaria, que, por vezes, tornaria a aplicação do direito à merce da discricionariedade do julgador.

Dessa forma, o neoconstitucionalismo possibilita a conjugação de regras e princípios, concebendo a verdadeira norma jurídica, mediante a interpretação do direito que não implique uma visão estritamente mecanicista, nem, tampouco, estruturada sob os pilares da discricionariedade, cujos riscos exorbitam a simples exegese constitucional, violando o Estado de Direito concebido sob a égide da segurança jurídica ¹³.

A concepção de que o direito evolui no mesmo ritmo que a sociedade é um tanto utópico, haja vista a morosidade do processo legislativo. Dessa forma, o judiciário é instado a dar solução no caso concreto, por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV). Nesse contexto, em que a Constituição está acima de todos os Poderes da República, instituições e funções estatais, cabe ao Judiciário assegurar a realização dos direitos fundamentais sociais, não sendo o papel dos juízes o de *mero carimbador* das decisões políticas tomadas pelo Legislativo e Executivo¹⁴, mas ter sua atividade sempre pautada na convicção de que, acima de tudo, os preceitos constitucionais devem prevalecer.

Com efeito, numa sociedade cuja demanda pela efetivação de direitos fundamentais sociais se funda sob a perspectiva de se suprir a carência de políticas

12 Cf. Evaristo de Moraes Filho e Antonio Carlos Flores de Moraes. *Introdução ao Direito do Trabalho*. p. 48.

13 Cf. Eduardo Cambi. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. p. 114.

14 Cf. Cláudio Ari Mello. *Os direitos fundamentais e a teoria discursiva do direito*. p. 274.

públicas, o Poder Judiciário tem o dever de garantir a ordem constitucional, haja vista que todos os Poderes, sobretudo o Executivo e Legislativo, estão abaixo da Constituição. Nesse norte, não se pode afastar do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, atribuição que, por vezes, acaba “*judicializando a política*”.

A omissão do legislador em efetivar as normas constitucionais programáticas e regulamentar direitos fundamentais garantidos pela constituição, acaba gerando uma grande demanda de pedidos judiciais a fim de que se instrumentalize meios para que o direito seja observado. É o Estado-Juiz atuando em prol da defesa dos direitos e garantias individuais, face à omissão do próprio Estado-Administrador/Legislator.

Nesse viés, estabelece-se a *crise da lei*, sob o ângulo estrutural, que se confunde com a crise de representatividade, e, sob o a órbita funcional, a própria mitigação do princípio da legalidade, justamente por ausência de lei¹⁵. E mais, não basta apenas a tutela dos direitos fundamentais sociais sob o aspecto formal (normativo), são necessárias ações positivas visando a sua implementação¹⁶.

Quando os poderes Legislativo e o Executivo não agem comprometidamente visando resguardar a integralidade e eficácia dos fins do Estado, impedindo a concretização de direitos fundamentais sociais, deve o Judiciário executar o controle sobre a atividade administrativa¹⁷.

Nesse passo, a atuação do Poder Judiciário deixa de se restringir à de mero aplicador da lei, mediante a subsunção do fato à norma (juiz politicamente neutralizado), mas passa à função de examinar o exercício da atividade administrativa e legislativa sob o campo da discricionariedade, quando esta importar

15 Cf. Gustavo Binenbojm. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. p. 125.

16 Cf. Leonardo Augusto Gonçalves. *Políticas públicas e direitos sociais*.

17 Tal orientação é também adotada pelos Tribunais Superiores, destacando-se os seguintes: STF, ADPF 45, AI 708.667 e RE 595.595; STJ, REsp. 575.995-MG, REsp. 429.570-GO, REsp. 1.367.549-MG, AgRg. 1.107.511-RS). A propósito, transcrevo trecho do seguinte julgado que retrata tal entendimento: “Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes” (AgRg no REsp 1.107.511-RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 21/11/2013, DJe 06/12/2013).

em omissão quanto ao papel de efetivação dos resultados objetivados no texto constitucional (responsabilidade finalística do juiz)¹⁸.

As normas constitucionais que preveem direitos fundamentais sociais devem ser destinadas, em primeiro plano, ao legislador infraconstitucional. A ele cabe o dever de regulamentar tais direitos para que o poder executivo os implemente, de acordo com o princípio da legalidade. No caso de conflitos de interesses, ao judiciário caberia a solução, aplicando o direito ao caso concreto. Contudo, isso não significa que os direitos fundamentais sociais não possam ser aplicados imediatamente, pois, caso a aplicação da norma constitucional fosse indireta, não haveria meios de o judiciário remediar a inércia do legislador¹⁹.

De outro lado, não se pode olvidar que a judicialização da política acaba por influenciar na economia e impacta no orçamento do Estado. Por vezes, o jurisdicionado se deparará com um Judiciário mal estruturado, sem condições de lidar com questões ligadas aos gastos públicos. Deve, portanto, haver equilíbrio na atuação jurisdicional a fim de evitar a interferência de um poder sobre o outro, violando a regra da separação dos poderes (CF/88, art. 1º).

2. Protagonismo judiciário

O Poder Judiciário não viola o princípio da separação dos poderes (CF/88, art. 2º) quando busca a efetivação de direitos fundamentais, sobretudo os sociais. São diversos os casos nos quais o judiciário foi instado a exercer a jurisdição em situações em que houve infringência de direitos fundamentais. A jurisdição no Estado Contemporâneo não se limita a uma interpretação puramente formal dos textos legais. É função do Poder Judiciário dar uma resposta justificada ao jurisdicionado, colocando-se como um instrumento por meio do qual se possa alcançar a paz social.

18 Cf. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. *Direito Constitucional*. p. 405.

19 Cf. Eduardo Cambi. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. p. 277-8.

Por isso, segundo os ensinamentos jusfilosóficos de Dworkin²⁰, a alternativa ao passivismo judiciário não é o ativismo tosco, pelo qual o magistrado estaria livre para julgar conforme o seu senso de justiça, de forma ampla e incondicionada – o *governo dos juízes*.

A intervenção do Poder Judiciária se justifica quando há violação de direitos fundamentais, não podendo, nessas hipóteses, se eximir de tutelar os direitos assegurados pela Constituição Federal pelo simples fato de que caberia a este ou aquele poder regulamentar o direito. Assim, sempre mediante decisões fundamentadas, de acordo com os parâmetros da argumentação jurídica, é legítima a atuação do judiciário para tutelar questões postas ao seu crivo no caso concreto, justificando o chamado *protagonismo judiciário*²¹.

Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, em sede de recurso repetitivo, ser válida a extensão do acréscimo de 25% previsto no art. 45 da Lei 8.213/91 para a aposentadoria por invalidez para todas as demais espécies de aposentadoria pagas pelo INSS. Destaca-se a tese firmada no julgado:

“Comprovadas a invalidez e a necessidade de assistência permanente de terceiro, é devido o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, a todos os aposentados pelo RGPS, independentemente da modalidade de aposentadoria.” (STJ. 1ª Seção. REsp 1.720.805-RJ e 1648305-RS, Rel. para acórdão Min. Regina Helena Costa, julgados em 23/08/2018)²².

Esse caso, em específico, demonstra a legitimação do poder judiciário, ao julgar um caso previdenciário, cuja decisão amplia um direito não expressamente previsto para as demais modalidades de aposentadorias. É o judiciário criando direito no caso concreto. O fundamento constitucional para acolhimento da tese encontra respaldo nos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia,

20 Cf. Ronald Dworkin. O império do direito. p. 451-2.

21 Cf. Eduardo Cambi. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. p. 330

22 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&num_processo_classe=1720805>. Acesso em: 29.09.2018.

bem como na garantia dos direitos sociais, contemplados, respectivamente, nos arts. 1º, III, 5º, caput, e 6º, da Constituição da República.

A exegese utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça acentua a *hegemonia axiológica dos princípios*, presente nas constituições modernas, firmando o momento histórico do pós-positivismo, no qual se concebe a confirmação da normatividade dos princípios, de maneira que passaram a ser centralizadores da norma constitucional²³.

Ainda no âmbito do STJ, são diversas as decisões de controle de atos administrativos e serviços da Administração Pública, dentre as quais, destaca-se o Recurso Especial n. 429903/RJ, de relatoria do, à época, Ministro Ricardo Lewandowski, que alicerçou o entendimento de que o Judiciário pode obrigar administração pública a manter quantidade mínima de medicamento em estoque. *In verbis*:

“A Administração Pública pode ser obrigada, por decisão do Poder Judiciário, a manter estoque mínimo de determinado medicamento utilizado no combate a certa doença grave, de modo a evitar novas interrupções no tratamento.

Não há violação ao princípio da separação dos poderes no caso. Isso porque, com essa decisão, o Poder Judiciário não está determinando metas nem prioridades do Estado, nem tampouco interferindo na gestão de suas verbas. O que se está fazendo é controlar os atos e serviços da Administração Pública que, neste caso, se mostraram ilegais ou abusivos já que, mesmo o Poder Público se comprometendo a adquirir os medicamentos, há falta em seu estoque, ocasionando graves prejuízos aos pacientes.

Assim, não tendo a Administração adquirido o medicamento em tempo hábil a dar continuidade ao tratamento dos pacientes, atuou de forma ilegítima, violando o direito à saúde daqueles pacientes, o que autoriza a ingerência do Poder Judiciário.” (destaquei - STJ. 1ª

23 Cf. Paulo Bonavides. Curso de direito constitucional. p. 258-9.

Turma. RE 429903/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 25/6/2014).

Esse é um exemplo claro de expansão da jurisprudência constitucional visando atender e concretizar os direitos fundamentais, no caso, o direito à saúde. Os mencionados julgados se utilizam de técnicas de interpretação constitucional e, para cada caso concreto, é possível a construção de norma jurídica que satisfaça as especificidades do direito material que se pretende. Técnicas como da ponderação e otimização, bem como por aplicação dos princípios interpretativos – proporcionalidade e interpretação conforme a Constituição – são instrumentos que o julgador deve ter em mente para fundamentar suas decisões no plano normativo-constitutivo, utilizando-se da argumentação para efetivação do direito tal como previsto na Constituição.

Não se pretende aqui esgotar os exemplos de judicialização da política, mas destacar alguns casos que configuram a hipótese em estudo, por se constituírem uma atuação mais ativa da jurisdição constitucional, como: pesquisas com células tronco embrionária (STF, Adin n. 3.510/DF), limitações do uso de algemas (STF, Súmula Vinculante n. 11), vedação do nepotismo a todos os Poderes Públicos (STF, Súmula Vinculante n. 13), união entre pessoas do mesmo sexo (STF, Adin n. 4.277 e ADPF n. 132), interrupção de gestação de feto anencéfalo (ADPF n. 54).

Porém, o protagonismo judiciário – por mais sustentável que seja – não resolve a crise jurídico-política, como bem sustenta Luís Roberto Barroso:

“o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.”²⁴

24 Cf. Luís Roberto Barroso. *Judicialização, ativismo judiciário e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 29.09.2018.

A esfera de atuação do Poder Judiciário é ampla, e, muitas vezes, suas decisões são pautadas exclusivamente em base jurídica principiológica, o que dá margem à interpretação aberta do direito, capaz de gerar obrigações ao Estado que não expressas no direito positivo, daí porque diversas são as críticas em relação ao ativismo judicial, sobretudo quanto à formulação de políticas públicas.

Na sequência abordar-se-ão algumas das principais críticas envolvendo a legitimidade do Judiciário na sua atuação quando outros poderes se omitem a fazer.

3. Críticas ao Ativismo Judicial

Os direitos fundamentais se realizam por intermédio das políticas públicas e compete à Administração Pública implementar e fazer cumprir a Constituição Federal. Essas políticas públicas são o meio pelo qual o Estado se utiliza para satisfazer a implementação das necessidades sociais, o que exige escolhas de alocação de recursos públicos, com base em típicas opções políticas.²⁵

Critica-se a efetivação judicial de direitos fundamentais sociais pelo Judiciário como instrumento de exercício da macrojustiça, pois está ligado à universalidade do atendimento às demandas sociais – *quanto disponibilizar e a quem atender*²⁶. Assim, haveria consubstanciado risco de consequências globais em razão da destinação de recursos públicos sem prévio exercício dotação orçamentária para fins específicos, como aqueles ligados à saúde ou educação.

O Ministro Gilmar Mendes, ao suspender a liminar n. 228-7/CE, em 2008, traçou linha argumentativa afastando esse entendimento, ao analisar pedido da União para suspender os efeitos de liminar que deferiu, em ação civil pública, a transferência de pacientes necessitados de atendimento em Unidades de Tratamento Intensivo (UTI) para hospitais públicos ou particulares que dispusessem de tais unidades. Em suas razões, enfrentou um dos maiores dilemas envolvendo a atuação do Poder Judiciário em questões político-administrativas. E isso fica

25 Cf. Eduardo Cambi. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. p. 354

26 Cf. Eduardo Cambi. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. p. 354

evidente ao se tentar definir como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial. Continua e emérito Ministro:

“As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar de “mínimo existencial” e da “reserva do possível” (Vorbehalt des Möglichen).

(...) todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da “reserva do possível”, especialmente ao evidenciar a “escassez dos recursos” e a necessidade de se fazer escolhas alocativas, concluindo, a partir da perspectiva das finanças públicas, que “levar a sério os direitos significa levar à sério a escassez (...).

Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização.

(...)

*[...e conclui] No caso, entendo **inexistente a ocorrência de grave lesão à ordem pública, por violação ao art. 2º da Constituição. A alegação de violação à separação dos Poderes não justifica a inércia do Poder Executivo em cumprir seu dever constitucional de garantia do direito à saúde de todos (art. 196), com a absoluta prioridade para o atendimento das crianças e adolescentes (art. 227), legalmente estabelecido pelas normas que regem o Sistema Único de Saúde, e tecnicamente especificado pelas Portarias do Ministério da Saúde. Não se pode conceber grave lesão à economia da União, diante de determinação constitucional***

expressa de primazia na formulação de políticas sociais e econômicas nesta área, bem como na alta prioridade de destinação orçamentária respectiva.²⁷ (destaquei).

Denota-se, portanto, que a Constituição traça parâmetros normativos para concretização dos direitos fundamentais, prefixando a necessidade de implantação de políticas públicas voltadas a garantir o exercício desses direitos pela sociedade. Logo, cabe aos juízes dar força normativa à Constituição, sem, no entanto, absorver a deliberação sobre a definição da política pública. Conforme assevera Ana Paula de Barcellos, “em suma, não se trata de absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo”²⁸

Tampouco a atividade do juiz se confunde com a do legislador, isso porque o Magistrado é instigado a dizer o direito no caso concreto, e, nesse exercício da jurisdição, em regra, não há produção de normas gerais e abstratas. Aliás, a regra da inafastabilidade da jurisdição outorga ao juiz o ônus de julgar o caso concreto mesmo na ausência ou insuficiência de regras gerais, tampouco fica preso estritamente ao direito positivado, até porque, pensar o contrário, haveria notável ineficiência do exercício de direitos constitucionais em razão das constantes omissões legislativas.

Quanto à reserva do possível, um dos maiores obstáculos à efetivação dos direitos sociais, caros ao Estado de Bem-Estar Social, deve-se ter em mente que, para que a decisão judicial seja primorosa, tanto no aspecto substancial quanto procedimental, em questões complexas que envolvem princípios e diretrizes políticas, como, por exemplo, o custo para implementação do direito, o Estado-Juiz deve manter o diálogo entre poderes públicos e sociais, aperfeiçoando o compromisso de manter saudável o orçamento público sem, todavia, mitigar direitos que a Constituição garante.

A discussão em sociedade, como por exemplo, em audiências públicas, com oitiva de entidades ligadas diretamente às questões subjacentes ao direito pretendido, bem como de órgãos públicos e ministérios ligados à área a ser atingida

27 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/SL228.pdf>>. Acesso em: 30.09.2018.

28 Cf. Ana Paula Barcello. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas.

com a decisão, alimenta os fundamentos para a razoabilidade da decisão judicial, ampliando a efetividade argumentativa e autoridade executória.

Assim, apesar de serem limitados os recursos públicos, devem ser aplicados, prioritariamente, na concretização de condições mínimas de tutela da dignidade da pessoa humana – mínimo existencial²⁹. Segundo Luigi Ferrajoli, inclui naquilo que se denomina *mínimo existencial* os direitos sociais à saúde, à educação, à subsistência e à previdência social, acresce-se, ainda, neste rol, o direito ao acesso à Justiça, essencial para o exercício do direito à inafastabilidade da jurisdição, quando houver ameaça ou lesão a direito.

Essa dicotomia entre a reserva do possível e o mínimo existencial deve se assentar na compatibilização à necessária realização da Constituição com a devida responsabilização estatal. Não se pode, contudo, utilizar-se do cômodo fundamento de inexistência de recursos para se negar cumprir a Constituição, não se admitindo a reserva do possível como limite absoluto.³⁰

4. Considerações finais

A Constituição indica de forma clara os valores a serem priorizados, devendo o administrador público considerar seriamente a responsabilidade de definir a dotação orçamentária para realização desses fins, haja vista que representam comandos vinculativos para o poder público. A ausência ou insuficiência orçamentária não pode ser o motivo para não implementação de direitos assegurados na Constituição Federal sob a égide de um Estado de Bem-Estar Social.

Se impõe, dessa forma, ao Estado a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, a efetiva proteção de direitos constitucionalmente assegurados. Da omissão do poder público em garantir os direitos sociais, nasce a ameaça ao direito, justificando a atuação protagonista do

29 Cf. Eduardo Cambi. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. p. 505

30 Cf. Américo Bedê Freire Junior. *Controle judicial de políticas públicas*. p. 79.

Poder Judiciário para obrigar o cumprimento daquilo que foi constitucionalmente previsto.

Não se justifica, portanto, sustentar “reserva do possível” com o fim de se isentar da obrigação de implementar direitos que garantam o “mínimo existencial”. O Poder Judiciário tem legitimidade de intervir na esfera política com o fim de preservar, em favor dos indivíduos, a integridade e intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial, sem que, com isso, haja lesão ao princípio da separação do poderes.

É imprescindível que a decisão judicial se ampare em fundamentos legítimos e com a mais ampla discussão, envolvendo os atores sociais e órgãos da administração pública, pautando-se na razoabilidade dos meios para implantação do direito, evitando-se grave lesão à ordem, à segurança jurídica e à economia pública.

Portanto, a fim de garantir o verdadeiro Estado Democrático de Direito, pautado na garantia de existência de uma Constituição acima de todos os Poderes da República e que nenhum deles está acima dela, justifica-se o papel do Judiciário, de assegurar as condições mínimas de existência do povo. Isso é garantir verdadeira *justiça social*, dever ínsito do Poder Judiciário, na concretização do indispensável para realização da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**. Vol. 15. jan.-mar. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judiciário e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 29.09.2018.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.720.805-RJ e 1648305-RS. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&num_processo_classe=1720805>. Acesso em: 29.09.2018.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A “principalização” da jurisprudência através da Constituição. **Revista de processo**. Vol. 98. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun.2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Estado mínimo x Estado máximo: o dilema. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado n. 12**. Salvador: Instituto Brasileiro do Direito Público, dez-fev. 2008. Disponível em: [http://www.aedmoodle.ufpa.br/pluginfile.php/230525/mod_forum/attachment/327523/RERE-12-DEZEMBRO-2007-JOSE%20DOS%20SANTOS%20CARVALHO.pdf]. Acesso em: 27.09.2018.

COELHO, Luiz Fernando. **Direito Constitucional e filosofia da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Juspositivismo crítico y democracia constitucional**. Trad. Lorenzo Córdova e Pedro Salazar. Isonomia. Vol. 16.abr.2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito Constitucional**. Barueri: Manole, 2007.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Ed. RT. 2005.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. **Políticas públicas e direitos sociais**. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/leonardo_augusto_goncalves.pdf]. Acesso em: 20.08.2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 20

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito do Estado federado ante a globalização econômica. **Jus Navegandi**. Ano 5. n.51. ago. 2018. Disponível em: [<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/702>]. Acesso em: 18.08.2018.

MELLO, Cláudio Ari. Os direitos fundamentais e a teoria discursiva do direito. **Revista de Direito Administrativo**. vol. 224. abr.-jun.2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **A democracia e as dificuldades contemporâneas**. Revista de informação legislativa, v. 35, n. 137, p. 255-264, jan./mar. 1998. Disponível em: [<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/353>]. Acesso em: 27.09.2018.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Ltr, 1993.

STRECK, Lênio Luiz. A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da Constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. vol. 2. out. 2002.