AÇÕES AFIRMATIVAS E O JUDICIÁRIO: O papel deste como garantidor dos direitos fundamentais através do ativismo e judicialização

Ramon Alves Ferreira de Carvalho¹

Hélio Wiliam Cimini Martins Faria²

RESUMO

O artigo em comento abordou o papel do ativismo judicial e sua influência nas ações afirmativas e políticas públicas, exaltando a necessidade da intervenção do Poder Judiciário como garantidor dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, tal qual observando e discutindo os limites a essa judicialização. Foram pontuados conceitos acerca do ativismo judicial e das ações afirmativas do Estado brasileiro. Realizadas abordagens relativas à correlação do ativismo judicial com os princípios do direito brasileiro e como isso vem sendo observado por juristas e políticos. Foram apontados os problemas deixados pelos poderes Executivo e Legislativo que não conseguem suprir as demandas sociais da população, não garantindo o mínimo existencial para todo cidadão, bem como pontuada a importância da intervenção do Judiciário para garantir este mínimo existencial. A metodologia utilizada foi a de pesquisa bibliográfica, tendo sido analisadas doutrinas que versam o tema tratado, consultados inúmeros trabalhos de juristas especializadas na área jurídica, periódicos, Constituição Federal, jurisprudências e entrevistas, além de artigos em massa publicados acerca do assunto. Registra-se aqui, a relevante contribuição de juristas renomados como Ingo Wolfgang Sarlet, Lênio Streck e Luis Roberto Barroso, cujo detém parcela importantíssima de relevância a este tema, tendo opiniões ricas e, por vezes, distintas, dosadas e racionais, que ajudam a clarear questões e direcionar o trabalho para o rumo o qual se busca. Ressalta-se que as fontes serão priorizadas tendo por base a confiabilidade, credibilidade, a atualização dos dados encontrados, a pertinência com o tema e a relevância na seara jurídica.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Poder Judiciário. Ativismo judicial. Ações afirmativas. Políticas públicas. Judicialização. Garantias.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil de hoje, discute-se amplamente o ativismo judicial praticado pelo Poder Judiciário que se vale de interpretações, em sua maioria, extensivas, de normas e atos executivos buscando atingir uma finalidade de eficácia de determinado princípio a ser protegido ou garantido.

---

¹ Bacharelado em Direito pela Fadipa.

² Mestrado em GESTÃO INTEGRADA DO TERRITÓRIO pela Universidade Vale do Rio Doce, Brasil (2016). Professor da Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce, Brasil.

Em vista do país assentar-se no princípio da separação dos três poderes, o tema é alvo de polêmica entre juristas e doutrinadores, tendo como principal dos defensores, o ministro do STF Luis Roberto Barroso (2008), que conceitua o ativismo como “uma atitude, a escolha de modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance”.

No caso, o enfoque do trabalho é aplicar o ativismo judicial sobre a ótica específica sobre sua atuação nas ações afirmativas e políticas públicas promovidas pelo Estado.

As ações sociais são papel do governo, sendo este protagonista e apontado pela Lei Maior como o principal assegurador dos direitos elencados no art. 5º desta. Todavia, muitas vezes há omissão governamental no cumprimento dessas ações, falhas em repasse de verbas, formação de agenda, irregularidades, lacunas deixadas pelo Legislativo, entre outros fatores que abrem espaço para que o Poder Judiciário atue.

Dessa maneira, a judicialização das políticas públicas ocorre e, conforme leciona Victor (2011, p. 132) quando esse fenômeno ocorre, as políticas públicas pulam da esfera originalmente política para o campo jurídico.

Como as ações afirmativas estão concentradas em decisões políticas, abrem-se margens de atuação do Judiciário quando essas decisões não são suficientes para garantir o mínimo existencial dos direitos fundamentais aos cidadãos, controlando a legalidade do ato administrativo, determinando criação de novas políticas e ações afirmativas, reformando as existentes, regulando parâmetros a serem seguidos, inclusive, financeiros, entre outros.

Fato é que o ativismo judicial dentro das políticas públicas é um fenômeno que já vem ocorrendo há algum tempo, imparável, ainda que questionável. Dessa maneira, é necessária a atuação do judiciário nas ações afirmativas para garantir sua eficácia? Em virtude dos problemas existentes na sociedade contemporânea que anseia por seus direitos saciados, ante a ampla divulgação que sustenta manifestações que visam reivindicar direitos sociais, a procura do Judiciário para solucionar tais reclamos são gigantes, haja vista a falha dos poderes Legislativo e Executivo em garantir o necessário para os brasileiros neste âmbito.

Ora, as omissões destes dois poderes citados que, em teoria, deveriam ser os garantidores dos direitos previstos na Constituição Federal, legitima o Judiciário a intervir nessa tutela, dado o caráter fundamental, essencial e impossível de se ignorar dos incisos dispostos no referido artigo.

Tal cenário abre as portas para uma discussão que vem ganhando a atenção de vários juristas pelo país, ante a demanda excessiva e faminta dos indivíduos e da sociedade como um todo pelo suprimento de seus direitos.

Defensores ferrenhos como o ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso, vez ou outra são bombardeados de perguntas acerca do ativismo judicial e sua influência no direito e política brasileira.

Este trabalho visa explorar bibliograficamente os contrapontos entre essas opiniões, enfocando-se nas favoráveis ao ativismo judicial, por entender que esta é uma ferramenta crucial nas mãos do Poder Judiciário para a garantia dos direitos fundamentais.

É inegável a presença da judicialização das políticas públicas na atualidade, não devendo ser este um fenômeno a ser combatido, mas sim compreendido, estudado, debatido e adequado aos moldes necessários.

Ainda que seja paradoxal a ideia de adequar-se a moldes, por se tratar de um fenômeno que, por si só, atua além dos limites já impostos, essa atuação é

necessária e remedial, sendo o ativismo nada mais que um medicamento que o Judiciário fornece para garantir ao cidadão um direito essencial.

A ausência de um Estado garantidor a fim de objetivar a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal faz com que o Poder Judiciário assumira papel de relevância visando à efetivação dos mesmos, o que tem gerado um aumento considerável das demandas judiciais em áreas de atuação de políticas públicas (LIMBERGER; SOARES. 2010, p. 6).

É justo dizer que o Poder Judiciário deveria ficar de mãos atadas apenas observando os descasos ocorridos na atuação dos demais poderes? Inexiste invasão na esfera de atuação dos outros poderes, o que se existe é apenas a tentativa de uma efetivação dos direitos constitucionais por parte do poder que, diga-se de passagem, é o guardião da Lei Maior, tendo como dever garantir que se extraia da Constituição a maior eficácia possível em relação ao cumprimento dos direitos sociais.

De maneira alguma o que se defende é creditar ao Judiciário poder ilimitado para interferir quando bem entender, pois isso sim feriria o princípio da separação dos poderes, mas sim entender e discutir a necessidade dessa interferência quando necessário.

O mínimo existencial aos cidadãos é dever do Estado, fato este a ser escrito e regulamentado pelo Legislativo, implementado e administrado pelo Executivo e protegido e resguardado pelo Judiciário, este último observando e ponderando questões como a reserva do possível, situação que limita a atuação mas que não pode ser um impedidor absoluto dessa, eis que é para isso que servem debates, as doutrinas e os entendimentos que vem sendo discutidos.

Portanto, mostra-se a importância deste trabalho ao levantar temas bastante discutidos como esse na esfera do ativismo judicial e das políticas públicas, dialogando em prol de um caminho adequado e eficaz da atuação judicial dentro da esfera social.

2 CONTEXTO HISTÓRICO E CONCEITOS DOUTRINÁRIOS

O Estado de Bem-estar Social (*welfare state*), é essencialmente um Estado que influi em garantias mínimas nas questões básicas à população, como saúde, educação, alimentação, moradia, renda mínima, entre outros. Essas proteções podem ser consideradas como os direitos sociais emanantes do Estado, que estão previstos na Lei Maior que rege o ordenamento jurídico do país, a Constituição Federal.

Não só nos artigos 3º e 5º mas, também, ao longo de seu texto, observa-se que a Constituição Federal brasileira entabula diversos direitos inerentes à simples cidadania individual, obrigando o Estado a protegê-los e garantir seu cumprimento. Tal proteção é o estimulante das políticas públicas e ações afirmativas, haja vista que estas são realizadas de modo a tentar que o Estado cumpra seu papel constitucional, em seu grau mínimo, valendo-se da essência de suas próprias características, conforme acima mencionado.

Para a análise de como o Estado realiza essas ações e busca cumprir seu papel, bem como a necessidade de atuação do Poder Judiciário em dados momentos, é necessário compreender os conceitos doutrinários que emoldam os temas-chaves deste estudo.

2.1 O conceito de direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são o núcleo desse tema, uma vez que são o objeto jurídico protegido, bem como a causa que move o Estado a promover as ações afirmativas necessárias para garanti-los.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 306): “A doutrina classifica os direitos e garantias fundamentais como “os direitos (e deveres) individuais e coletivos, os direitos sociais (incluindo os direitos dos trabalhadores), os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, os quais abarcam o estatuto constitucional dos partidos políticos e a liberdade de associação partidária.”

Complementa, de modo doutrinário, que os direitos fundamentais são àqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, tratando-se de direitos inerentes à natureza do ser humano mas que, além dessa natureza jurídica, encontram respaldo na Constituição Federal, tal como se fosse um reconhecimento dessas garantias (SARLET, Ingo Wolfgang, 2018, p. 308).

Logo, essas posições indicam que os direitos fundamentais não tratam-se apenas de um parâmetro de legitimidade constitucional, mas sim de uma proteção de minorias, dado que reconhecem a violação do direito de um indivíduo como uma afronta à própria natureza deste. Conferindo, sem distinção de pessoas, uma série de condições mínimas atreladas a garantias sociais a cada indivíduo.

Portanto, esse conjunto de entendimentos dá a Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 327) um encochado e importante conceito acerca dos direitos fundamentais. Veja-se:

[...] as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal. [...]

2.2 O conceito de políticas públicas

Fazendo uma breve analogia, as políticas públicas são ferramentas utilizadas pelo Estado para garantir que os direitos fundamentais sejam cumpridos e/ou protegidos. Em dados momentos, o Estado terá de utilizá-las para amenizar e reparar danos, fato é que elas são um meio para se atingir um fim.

Conforme Maria Paula Dallari Bucci (2017), as políticas sociais são “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

No mesmo sentido, se tem o entendimento do jurista Fábio Konder Comparato, no sentido de que as políticas públicas consistiriam em uma atividade, que se dão através de um conjunto organizado de normas e imperativos legais, que são unificados por uma finalidade, ou seja, um objetivo previamente determinado.

As políticas públicas desenvolvem a ideia de que o gestor, respeitada a legislação correspondente e as atribuições de cada esfera de governo, deverá

direcionar montante financeiro para concretização de ações afirmativas em áreas específicas, como saúde, educação, segurança pública, dentre outras, áreas estas relacionados ao bojo de um Estado de Bem-estar Social.

Políticas públicas são realizadas através de ações afirmativas, de competência dos Poderes Executivo e Legislativo. No entanto, no cenário atual, cada vez mais o Poder Judiciário busca compelir os governantes à tomada de determinadas posições, com o objetivo de resguardar os direitos fundamentais.

2.3 O conceito de ativismo judicial

Conforme mencionado em tópico anterior, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso, é um dos grandes defensores do ativismo judicial na política.

No caso em tela, o ativismo judicial a ser discutido trata-se de movimentos de interferência do Poder Judiciário com o foco de garantir os direitos elencados na Carta Magna.

Para conceituar ativismo judicial, traz-se a lição de Luis Roberto Barroso (2008), que diz ser “uma atitude, a escolha de modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance”.

Ainda no caminho pavimentado por Luis Roberto Barroso, Geórgia Lage Pereira Carmona (2012), citando seus ensinamentos acresce que a legitimidade do ativismo judicial possui duas justificativas: uma de natureza normativa e outra filosófica. O fundamento normativo deriva, do fato de que a Constituição brasileira confere expressamente esse poder ao Judiciário e, em especial, ao Supremo Tribunal Federal. A justificativa filosófica consiste no fato de que a Constituição realiza dois papéis: estabelecer as regras do jogo democrático e proteger valores e direitos fundamentais.

Seguindo nessa linha, o ministro do STF supracitado (2009, p.06) aponta que a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público.

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

Toda essa pauta levantada é fundada na lacuna deixada pelo Estado que deveria promover e garantir tais ações afirmativas através das políticas públicas, abrindo espaço para o Poder Judiciário garantir sua eficácia através do ativismo judicial.

2.4 O conceito de judicialização

Muitos indivíduos, diante da carência estatal em fornecer os respaldos necessários aos direitos constitucionais, acionam o Poder Judiciário visando que este confira as garantias cerceadas pela omissão dos demais poderes, configurando, portanto, numa judicialização dos direitos fundamentais.

Conforme previamente citado como alto defensor do ativismo, para Luis Roberto Barroso, “judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário” (BARROSO, 2018).

Neste sentido, tem-se o entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1996 *Apud* VICTOR, 2011, p. 20), no qual leciona que judicializar políticas públicas consiste em atribuir ao Judiciário decisões que, sob a ótica da doutrina clássica da separação dos poderes, incumbiriam ao Executivo ou ao Legislativo. Logo, quando a coletividade não identifica reciprocidade na representação política, recorre ao Judiciário, para este então atender aos reclamos sociais, já que, não pode se furtar de dirimir as contendas; e neste ato muitas vezes crê necessário adotar uma postura proativa, ingressando na âmbito dos demais poderes buscando dar deslinde às controvérsias.

Ora, a judicialização das políticas públicas é um termo utilizado para traduzir a competência do Poder Judiciário em questões de direitos fundamentais, em discussões que partem de limites do Poder Executivo e Legislativo que, de certa forma, deixam de garantir eficácia à norma constitucional.

Assim como o ativismo judicial, a judicialização também ocorre diante da falha estatal, normalmente diante de uma omissão do Estado em garantir o direito fundamental a um indivíduo ou coletividade.

2.5 A diferença entre ativismo judicial e judicialização

Restam nítidas as vastas semelhanças entre os dois institutos, sendo a principal delas, o ponto de partida em que são utilizadas, qual seja a falha do Estado em garantir princípios basilares da Constituição Federal.

No entanto, em que pese suas semelhanças, tratam-se de termos e ferramentas utilizadas de maneira diferente, ainda que para um fim parecido, pelo Poder Judiciário.

Ora, o “ativismo judicial vincula-se ao exercício discricionário e ilimitado das funções do Poder Judiciário; a judicialização é caracterizada pela busca dos cidadãos pelo Poder Judiciário, ante a omissão estatal na tutela dos direitos fundamentais” (NETO; CIRNE, 2020) (p. 267).

Um dos principais palestrantes acerca do ativismo judicial e da judicialização, Lênio Streck (2019), traz uma corrente de pensamento interessante e fundamental para entender a distinção entre eles, *in verbis*:

Os magistrados precisam fazer uma diferenciação de quando a atuação deles é judicialização da política ou ativismo judicial – esta geralmente está vinculada a juízos morais. Para isso, precisam fazer três perguntas.

A primeira é: o caso trata de um direito fundamental? Se não, deve ser arquivado. Se sim, passa-se à segunda questão: nas mesmas condições do autor da ação, outras pessoas receberiam esse direito? Uma negativa deve fazer o juiz rejeitar o processo. Porém, se a resposta for afirmativa, ele deve se fazer uma última pergunta: posso transferir recursos de outras pessoas para fazer a felicidade de alguns sem ferir a equidade e a isonomia? Se sim, trata-se de judicialização, e o magistrado pode conceder o pedido. Caso contrário, ele estará agindo de forma ativista ao aceitar ao satisfazer a vontade do autor.

De acordo com o jurista, o método explicitado tem 90% de acerto nos casos concretos, tendo raras exceções ao exemplo mencionado.

Em suma, o ativismo diz respeito à conduta dos julgadores, ora magistrados, enquanto no exercício de suas funções, enquanto a judicialização é tocante ao âmbito social, em momentos onde há uma provocação do magistrado por conta da incompetência administrativa ou legislativa dos Poderes Executivo e Legislativo.

3 O DEVER ESTATAL

A Constituição Federal, em seu artigo 3º, estabelece normas-princípios que norteiam programas e ações do Poder Público, uma vez que tais normas são consideradas “normas-objetivo”, que conforme dita Eros Roberto, “as normas-objetivo, como disposições normativas de natureza diversa, a respeito das quais o legislador não enuncia regras de conduta, nem de organização, limitando-se a indicar os resultados concretos que devem ser alcançados pelos seus destinatários”.

Logo, as normas previstas no supramencionado artigo atuam como vinculante do Poder Público, que deve munir-se de leis e políticas públicas necessárias para garantir o mínimo existencial do direito em questão. Tais normas são impositivas no que diz respeito a obrigar o legislador a concretizar programas, tarefas, fins e ordens estabelecidos pela Constituição, inclusive, sendo o Estado objeto de responsabilização por eventual omissão ou danos causados por ela.

A força normativa da constituição (sua pretensão de eficácia e efetividade) é assegurada mediante os assim chamados pressupostos realizáveis, aponta Sarlet (2018, p. 200)

Apenas na concretização desses pressupostos é que a constituição deixa de ser meros caracteres, mas adquire força ativa e influencia na realidade concreta da sociedade.

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 195), o particular sempre poderá exigir do Estado que se abstenha de atuar em sentido contrário ao disposto na Constituição.

Isso incumbe dizer que “embora não se possa, em regra, admitir um direito subjetivo à erradicação da pobreza atribuído a algum indivíduo em particular (o que não afasta um direito fundamental ao mínimo existencial do indivíduo, ou mesmo de um direito a assistência social), os Poderes públicos estão positivamente vinculados a encetar passos concretos, na esfera de suas competências e atribuições, na direção da realização dos objetivos constitucionalmente estabelecidos, ainda que a CF não disponha exatamente sobre os modos de realização de tais objetivos.”

O Bolsa Família, programa criado com o fim de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades regionais, é um dos grandes exemplos de política pública criada

para atender o dever imposto pela norma prevista no art. 3º, mais especificamente, em seu inciso III.

No entanto, a CF não aponta quem deve ser o principal órgão a atender o comando previsto no artigo mencionado, apenas tratando a matéria como um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

Noutro lado, nos comandos do artigo 5º, resta nítido que o texto da CF impõe o dever de atenção e resolução do problema, a priori, nas mãos de um ente, como por exemplo o art. 5º, XXXII: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Nota-se que o objetivo é atribuído na conta do Estado, devendo este ser o responsável primeiro para o cumprimento do comando.

Diante da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o Estado deverá ser um garantidor eficaz dos bens fundamentais, na medida do mínimo existencial, assegurando que seja vedado o oferecimento de tal direito de maneira escassa ou insuficiente, de tal maneira que está sujeito a patrulha e controle do Poder Judiciário.

3.1 A falha em cumprir com seus deveres

Sociedades que estão em crise possuem dificuldade para assegurar tais pressupostos, fazendo com que os direitos sociais constitucionais percam sua eficácia e efetividade que o texto promove.

Da mesma maneira, fortes viéses ideológicos podem promover uma força obstacular ao cumprimento dos direitos fundamentais, impedindo que eles evoluam, como por exemplo uma estrutura de sociedade conservadora, ainda que tal ideologia tenha características protetivas ímpares a alguns valores constitucionais.

Fato é que, independente de crises e viéses, o Poder Público é falho, passível de erros, e quase sempre irá cometer deslizos no cumprimento de seus deveres, falhas essas que podem custar caro caso não sejam reparadas ou, pelo menos, amenizadas.

Num olhar crítico da teoria de justiça pensada por John Rawls, o Estado, assumindo um cunho assistencialista e que participa do dia-a-dia do cidadão, irá gerir as políticas públicas ao promover ações afirmativas, visando o atingimento de todos, irrestritamente. Entretanto, é sabido que as ações humanas são passíveis de falhas parciais ou integrais e, quiçá, omissões. Assim, em regra serão prejudicados com tais falhas de gestão minorias que dependem destas políticas promovidas pelo Poder Público e que se encontram encartados no cerne dos programas deste Estado.

É de competência do Poder Legislativo a elaboração e aprovação de projetos de lei, devendo o Poder Executivo, garantir que sejam realizadas políticas públicas para garantir aos indivíduos os direitos sociais insculpidos na Constituição Federal.

Ocorre que, atualmente, o descaso dos poderes citados acima vem fazendo com que os cidadãos tenham seus direitos fundamentais, muitas vezes, cerceados ou sucateados.

Esse sucateamento ocorre tanto pela ausência de leis que visam concretizar os direitos constitucionais por parte do Legislativo, bem como, da falta de recursos por parte do Executivo para atender a demanda da população, como por exemplo, verbas para saúde, educação, moradia, segurança, etc.

Essas falhas são traduzidas quando se extraem dados oficiais de pesquisas e censos no território brasileiro acerca de direitos fundamentais que são cerceados de grande parte da população.

Um estudo disponibilizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a partir de dados disponibilizados pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNADC), constatou que a pobreza no Brasil atingiu 62,9 milhões de brasileiros em 2021, o que representa 29,6% da população total do país.

Não obstante, em estudo também realizado pelo PNAD Contínua, foi identificado que a taxa de crianças e adolescentes sem acesso a educação atingiu seu maior número nos últimos 6 anos, com cerca de 244 mil crianças e adolescentes entre 6 e 14 anos fora das escolas no Brasil.

Por fim, cumpre citar, também, uma pesquisa promovida pelo Observatório de Saúde na Infância (Observa Infância), que conta com pesquisadores da Fiocruz e do Centro Universitário Arthur de Sá Earp Neto (UNIFASE), na qual se constatou que a cada três mortes de bebês com menos de um ano de idade no país, duas poderiam ser evitadas com medidas básicas de saúde.

Ora, estes e outros diversos estudos, pesquisas, dados e estatísticas colhidas no território brasileiro, são provas incontroversas que o Poder Executivo e o Poder Legislativo não dão conta de atender a população de maneira 100% eficaz nas políticas públicas, deixando carências nas garantias dos direitos fundamentais da população.

É exatamente nessa lacuna onde entra o principal objeto de discussão do presente trabalho. Quando há a falha estatal diante de uma omissão em garantir tais objetivos, entra em cena o Poder Judiciário, que poderá acusar a violação dos deveres por parte dos demais órgãos estatais, obrigando-os a corrigir ou, no mínimo, amenizar eventual desvio de finalidade.

É de vital importância que se entenda que, embora a Constituição Federal, ao elencar os direitos fundamentais, incumba o cumprimento desses, em linha de frente, pelo Poder Executivo e Legislativo, ainda assim caberá ao Poder Judiciário realizar uma incisiva e eficaz correção dos eventuais desvios de finalidades que os demais poderes possam cometer e que implicam diretamente na ameaça dos direitos fundamentais seja ao coletivo ou ao individual.

4 A NECESSIDADE DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

A ausência de um Estado garantidor a fim de objetivar a efetivação dos Direitos Fundamentais previstos na Constituição Federal faz com que o Poder Judiciário assumira papel de relevância visando à efetivação dos mesmos, o que tem gerado um aumento considerável das demandas judiciais em áreas de atuação de políticas públicas (LIMBERGER; SOARES. 2010, p. 6).

É de suma importância que os direitos fundamentais sejam supridos, quer pelos seus Poderes que devem legislar e executar ações sociais para garantir o acesso desses direitos a todos, quer pelo Judiciário, intervindo nesses atos de maneira póstuma para preencher o vácuo deixado, inúmeras vezes, pelo governo.

No Brasil as políticas voltadas à saúde, à segurança e à educação são as mais notáveis dentre as quais sofrem interferência dos efeitos do judicialização e do ativismo. Violar os direitos fundamentais através de atos omissos, demora, insuficiência, ou precariedade fazem com que a interferência do Poder Judiciário nessas políticas seja comum e frequente. Contudo, enquanto provocados ou em caso flagrante de descumprimento de direito fundamental, o Judiciário possui

apenas duas opções: negar o pedido sob o argumento de ofensa ao princípio da separação de poderes, ou prover o pedido sob a ótica do resguardo dos valores constitucionais.

O que se ignora, é que a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas estatais, pode ser considerada como medida fruto da harmonização dos Poderes, inclusive podendo ser inserida no já conhecido sistema de freios e contrapesos, sistema este regente de nosso ordenamento. Diante da necessidade de controle entre os poderes, visando evitar desvios de finalidade e abusos de poder, o sistema de freios e contrapesos propõe uma autonomia relativa de cada Poder, criando mecanismos de controle e correção de atos.

As políticas públicas sociais são decisões políticas e de âmbito dos poderes Executivo e Legislativo, de modo que o Poder Judiciário, em exercício de sua interferência, possui duas opções: controlar a legalidade do ato administrativo quando ofender direitos dos abrangidos pela política, determinar a criação de novas políticas, ou ainda, reformar as já existentes, definindo novos parâmetros a serem seguidos.

No caso em específico, apenas no segundo cenário o Judiciário praticará, de fato, o ativismo judicial, uma vez que ao determinar a criação ou define parâmetros às políticas já existentes, incide em verdadeiro exercício de poder político, pois, as decisões na maior parte escapam da fundamentação jurídica, passando a ser fundamentada politicamente.

A grande demanda no Judiciário para solver problemas que os demais poderes não conseguem tem sido evidente em tempos atuais. De acordo com Braga (2014, p.9) a judicialização se fortalece com a crise de representatividade democrática, desafiando uma maior participação do Poder Judiciário em campos que até então eram de exclusividade dos demais poderes da república.

Desse modo, passa ao juiz a responsabilidade com a garantia dos direitos fundamentais, seja pela ausência de leis que regulem esses direitos ao jurisdicionado, seja pela proteção contra lei, ato normativo ou ato de governo que contrariam a Constituição.

Neste cenário de elevada judicialização no âmbito social e de distanciamento entre o cidadão e o Estado, o ativismo judicial positivo se torna um meio para concretização dos objetivos estabelecidos pela Constituição.

Cabe trazer à baila o dito por Anderson Vichinkeski Teixeira (2012):

As técnicas hermenêuticas possuem grande desenvolvimento em sólo pátrio para poder oferecer elementos precisos na determinação de condutas judiciais ativistas positivas ou nocivas, de modo que seja possível exercer um controle já dentro do próprio Judiciário em relação aos eventuais excessos. Embora o Estado não apresente estruturas eficazes de mediação dos conflitos sociais de modo extrajudicial, ele mesmo se vale do Judiciário como forma de se fazer presente na realidade social e de reafirmar a sua legitimidade como agente responsável pela promoção da paz social.

Percebe-se que o próprio Estado, diante de sua consciência da não suficiência dos Poderes Executivo e Legislativo para garantir os direitos previstos constitucionalmente, abre caminhos para a atuação do Judiciário, como maneira de aproximar o indivíduo lesado da atuação do Estado, visando conferir-lhe o direito necessário.

Engana-se quem pensa que a judicialização e o ativismo judicial são ferramentas com pouco respaldo doutrinário ou até mesmo seriam ferramentas

antidemocráticas. Ademais, na própria constituição consagra a vontade majoritária e o ativismo judicial seria então um instrumento que promove a democracia. (CARMONA, 2012).

Em que pese bastante controverso e ainda não completamente consolidado, há teorias e argumentos por juristas que desenvolvem a necessidade da intervenção do Judiciário nos problemas sociais.

Para tanto, existe a Teoria Substancialista, que aponta que o Judiciário deve sim intervir nestas questões, pois é o STF o guardião da Constituição Federal e quando certos comportamentos venham a prejudicar a paz social, a vida digna de uma coletividade, direitos mínimos existenciais, deve sim este Poder, fazer valer as suas vezes e garantir estes direitos fundamentais, seja em controle concentrado, seja em controle difuso de constitucionalidade. (GALVÃO, 2010, p. 137).

Hélder Fábio Cabral Barbosa (2011, p. 151), pontua que pensadores do direito podem se mostrar contrários ao ativismo judicial, sob a alegação de que um acréscimo de poder ao judiciário seria um desvio de finalidade, desvio do fim do judiciário, entretanto inexistente tal afirmação, uma vez que os juizes estariam apenas aplicando o direito, os direitos fundamentais em especial, direitos estes que gozam de autoexecutoriedade.

Fato é que, embora exista uma Constituição avançada que tem o condão de tutelar várias garantias constitucional ligada a direitos essenciais do indivíduo, ainda o texto constitucional carece de efetividade.

Os tribunais estão obrigados, diante do texto constitucional, a proferirem decisões que visem a maior eficácia possível às normas de direitos fundamentais.

O Poder Judiciário não deve ser visto com más olhos ao processo brasileiro, pelo contrário, é através da atuação judiciária que se garantirá o processo justo.

O STF, por exemplo, é um controlador das interpretações das normas para que garanta o direito ao processo justo, ocorrendo quando é alegada insuficiência dos direitos tutelados pelo Estado.

Percebe-se que sempre o Estado visa oferecer uma base, o mínimo existencial dentro daquele âmbito dos direitos para que se atinja a finalidade principal de sua existência, qual seja a garantia da proteção dos direitos elencados em âmbito civil e, na esfera penal, a garantia da liberdade do indivíduo perante o Estado.

Neste escopo, tem-se a lição de Airton Ribeiro da Silva e Fabrício Pinto Weiblen (2007, p. 52), que disserta:

Uma vez não efetivados os direitos fundamentais consagrados na Carta Política pelos poderes ditos legitimados, quais sejam, quais sejam, Poderes Executivo e Legislativo, cabe ao Judiciário intervir, a fim de concretizar os ditames insculpidos na Constituição Federal, através de prestações positivas. Assim, ao dispor sobre as prestações estatais, o Judiciário apenas determina a realização prática da norma constitucional, não permitindo que esta se torne mera diretriz abstrata e inaplicável, ato para o qual é competente, uma vez que, no Estado de Direito, o estado soberano deve submeter-se à própria justiça que institui. Noutras palavras, não é papel do Judiciário criar novas medidas referentes a direitos sociais, o que consistiria em violação ao princípio da Separação dos Poderes, mas sim trazer uma real efetividade às políticas públicas já existentes, de modo a não permitir que um apego excessivo a formalidades acabe por obstar a concretização das metas principais do Estado Democrático de Direito.

Ainda, Juliano Ralo Monteiro (2010, p. 165) traz a baila o voto do Ministro

Celso de Mello em ADPF nº 45, que assintou o fato de que implementar políticas públicas não está entre as atribuições do Supremo nem do Poder Judiciário como um todo. Mas é possível atribuir essa incumbência aos ministros, desembargadores e juízes quando o Legislativo e o Executivo deixam de cumprir seus papéis, colocando em risco os direitos individuais e coletivos previsto na Constituição Federal.

Já para Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2018, p. 817), a interferência do Poder Judiciário diante da ausência de eficácia do texto constitucional é, praticamente, uma responsabilidade. Veja-se:

O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.

Concluindo, o jurista Lênio Streck (2007) fala que as questões relacionadas ao cumprimento das tarefas sociais, como a formulação das respectivas políticas no Estado Democrático (e Social) de Direito, não são apenas relegadas ao governo e à administração (Gilberto Bercovici), mas se baseiam nas normas constitucionais dos direitos sociais: sua observação pelo Poder Executivo pode e deve ser controlada pelo Poder Judiciário.

Ora, a omissão administrativa ou legislativa do gestor ou legislador frente a obrigação de extrair eficácia das normas constitucionais, não pode ser, também, uma omissão por parte do Poder Judiciário. Isto não quer dizer que se deve permitir o ativismo judicial de maneira nociva ao sistema republicano brasileiro, de certo, há limitações à interferência do julgador. No entanto, essa limitação não impede que seja realizada uma construção hermenêutica de modo que se valha para o caso concreto e garanta ao indivíduo a tutela de um direito dantes postergado pelo Estado.

No sentido de exaltar tal necessidade de enfrentamento das omissões, o ministro Celso de Mello sustentou que:

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.

Ainda, apontou que:

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.

De acordo com Anderson Vichinkeski Teixeira (2012), o extenso rol de direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, e uma possível inércia dos Poderes Legislativo e Executivo em implementá-los ainda que de forma minimamente desejável, fazem o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, ser provocado a tutelar os direitos fundamentais nela previstos. Nesse sentido, diante do descumprimento dos objetivos político-sociais por parte dos poderes constituídos, no todo ou em parte e pelos mais variados motivos políticos, a pessoa tentará obter a tutela do seu direito via Judiciário, atuando este de forma a obrigar outro ente político a prestar o que está constitucionalmente compromissado. Ainda, há de se ressaltarem questões sobre a reserva do possível, previsão orçamentária, lei de responsabilidade fiscal etc. que, justamente a contrário sensu, justificam a atuação do Poder Judiciário em objetivos políticos não cumpridos satisfatoriamente pelos demais poderes, uma vez que os recursos para realização desses objetivos, por vezes, estão mal alocados.

É de se compreender que, diante do sistema de freios e contrapesos, bem como da própria função do Poder Judiciário, não é razoável exigir-se deste que fique de mãos atadas diante dos descasos e omissões dos demais poderes, dado que sua intervenção tem o poder de assegurar, respaldar e conferir garantias fundamentais que estão insculpidas na Constituição Federal, não havendo que se falar em invasão por parte do Judiciário na competência de atuação do Executivo ou Legislativo, ora, o julgador só busca cumprir seu papel, qual seja a extração da maior eficácia dos direitos constitucionais, obrigando o Estado ao cumprimento dos preceitos previstos nesta.

5 O ATIVISMO E A JUDICIALIZAÇÃO NO CASO CONCRETO

Observando os casos concretos de intervenção judicial nas políticas públicas e, ainda, em defesa dos direitos fundamentais, tem-se um montante considerável de casos que podem ser exemplificados para apontar o benefício que a interferência do Poder Judiciário trouxe com sua atuação.

A priori, um dos exemplos mais evidentes no Brasil é o de distribuição de medicamentos e determinação de terapias, o exemplo mais notório, o da distribuição de medicamentos e determinação de terapias, tema que, inclusive, foi objeto de discussão por Luis Roberto Barroso (2009, p.09), que explica:

A matéria ainda não foi apreciada a fundo pelo Supremo Tribunal Federal, exceto em pedidos de suspensão de segurança. Todavia, nas Justiças estadual e federal em todo o país, multiplicam-se decisões que condenam a União, o Estado ou o Município – por vezes, os três solidariamente – a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e municipais. Em alguns casos, os tratamentos exigidos são experimentais ou devem ser realizados no exterior. Adiante se voltará a esse tema.

Ainda neste tema, se pode trazer à luz da jurisprudência mencionada por Barroso, o seguinte precedente do e. TJMG:

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO DE OFÍCIO - APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DIREITO À SAÚDE - GARANTIA CONSTITUCIONAL - DISPONIBILIZAÇÃO DE FÁRMACO QUE NÃO CONSTA DA LISTA DO SUS - POSSIBILIDADE - NECESSIDADE COMPROVADA - ESTATUTO DO IDOSO - COMPETÊNCIA DO PODER PÚBLICO - MULTA COMINATÓRIA - OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO - RENOVAÇÃO DA RECEITA - NECESSIDADE. 1. É solidária a competência dos Municípios, Estados, Distrito Federal e da União, para assegurar o direito do cidadão à saúde e à integridade física, uma vez que na Constituição Federal de 1988 não foi explicitado atendimento diferenciado para cada Ente Federado. Assim, não há que se falar em ilegitimidade passiva do Município ou do Estado para o fornecimento da medicação pleiteada. 2. Consoante o art. 192 da CF, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. 3. As ações e serviços na área de saúde têm por diretriz o atendimento integral do indivíduo, o que consiste no fornecimento de medicamentos necessários à preservação da vida, ainda que não sejam padronizados pelo SUS. 4. Consta dos autos relatório médico subscrito por profissional inscrito no Conselho Regional de Medicina atestando a necessidade do uso exclusivo dos medicamentos pleiteados na inicial. 5. O art. 15, § 2º prevê que o Poder Público deve disponibilizar todos os recursos necessários ao tratamento de pessoa idosa, como é o caso em questão, de forma gratuita. 6. A fixação de multa diária é autorizada nos termos dos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil, cuja finalidade é assegurar o cumprimento da obrigação imposta e não é indevida contra a Fazenda Pública, pois se compatibiliza com a manifesta relevância dos direitos fundamentais envolvidos no processo. 7. Cabe à parte beneficiária dos medicamentos apresentar a receita médica atualizada. 8. É descabida a condenação em honorários advocatícios em ação civil pública em que o Parquet Estadual for a parte vencedora. 9. Sentença parcialmente reformada, em reexame necessário, prejudicados os recursos voluntários. (TJMG -Apelação Cível 1.0686.13.003489-1/001, Relator(a): Des.(a) Raimundo Messias Júnior , 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 18/03/2015, publicação da súmula em 27/03/2015)

O julgado acima trata-se de um clássico exemplo de judicialização dos direitos fundamentais, visto que, embora o direito a saúde seja um direito a ser tutelado pelo Poder Público, não fazendo este por argumento dos medicamentos em questão não estarem padronizados na lista do SUS, o Poder Judiciário, ao ser provocado, determinou que os entes estatais fornecessem o medicamento à parte requerente, diante da flagrante comprovação de sua necessidade, sob pena, inclusive, de multa diária em caso de descumprimento.

O direito à educação básica é um outro bom exemplo positivo da influência da judicialização, não só em caso que o Poder Legislativo ou Executivo deixam expresso sua omissão mas, também, em momentos que essa omissão trata-se de uma falta de atenção de ambos para com o cidadão.

Nesse sentido, tem-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO DE OFÍCIO - APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DIREITO À SAÚDE - GARANTIA CONSTITUCIONAL -

DISPONIBILIZAÇÃO DE FÁRMACO QUE NÃO CONSTA DA LISTA DO SUS - POSSIBILIDADE - NECESSIDADE COMPROVADA - ESTATUTO DO IDOSO - COMPETÊNCIA DO PODER PÚBLICO - MULTA COMINATÓRIA - OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO - RENOVAÇÃO DA RECEITA - NECESSIDADE. 1. É solidária a competência dos Municípios, Estados, Distrito Federal e da União, para assegurar o direito do cidadão à saúde e à integridade física, uma vez que na Constituição Federal de 1988 não foi explicitado atendimento diferenciado para cada Ente Federado. Assim, não há que se falar em ilegitimidade passiva do Município ou do Estado para o fornecimento da medicação pleiteada. 2. Consoante o art. 192 da CF, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. 3. As ações e serviços na área de saúde têm por diretriz o atendimento integral do indivíduo, o que consiste no fornecimento de medicamentos necessários à preservação da vida, ainda que não sejam padronizados pelo SUS. 4. Consta dos autos relatório médico subscrito por profissional inscrito no Conselho Regional de Medicina atestando a necessidade do uso exclusivo dos medicamentos pleiteados na inicial. 5. O art. 15, § 2º prevê que o Poder Público deve disponibilizar todos os recursos necessários ao tratamento de pessoa idosa, como é o caso em questão, de forma gratuita. 6. A fixação de multa diária é autorizada nos termos dos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil, cuja finalidade é assegurar o cumprimento da obrigação imposta e não é indevida contra a Fazenda Pública, pois se compatibiliza com a manifesta relevância dos direitos fundamentais envolvidos no processo. 7. Cabe à parte beneficiária dos medicamentos apresentar a receita médica atualizada. 8. É descabida a condenação em honorários advocatícios em ação civil pública em que o Parquet Estadual for a parte vencedora. 9. Sentença parcialmente reformada, em reexame necessário, prejudicados os recursos voluntários. (TJMG - Apelação Cível 1.0686.13.003489-1/001, Relator(a): Des.(a) Raimundo Messias Júnior, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 18/03/2015, publicação da súmula em 27/03/2015)

Não obstante, há diversos casos de ativismo judicial, principalmente em ADIs e ADPFs ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal. Foi o caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de n. 132-RJ, originariamente autuada com n. 178 perante o Supremo Tribunal Federal, interposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro perante o STF, tendo sido conhecida e julgada com a ADI 4.277-DF, para que fosse dada interpretação conforme à Lei Maior em relação ao artigo 1.723 do Código Civil. A ação visava o reconhecimento dos direitos previstos aos casais. Em síntese, pedia-se o reconhecimento dos mesmos direitos previstos aos casais heterossexuais para os homossexuais, uma vez que os textos legais que disciplinam da união estável ou casamento se referem apenas a homem e mulher, ou seja, um contexto de heterossexualidade, o que gera a falta de reconhecimento desses direitos por casais do mesmo sexo, uma clara afronta ao princípio da igualdade, liberdade, razoabilidade e dignidade da pessoa humana, todos esses previstos expressamente na Constituição Federal.

O Relator Ayres Britto, em seu voto, apresentou diversos fundamentos de cunho moral e político como a dignidade da pessoa humana, o sentido de família, a liberdade sexual, o direito ao amor e a felicidade, etc., para reconhecer o direito à união estável aos homossexuais.

Voltando ao campo da educação, mas ainda no âmbito jurisprudencial do ativismo judicial, tem-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal em agravo regimental em recurso extraordinário com agravo, tendo como relatora a Min^a. Rosa

Weber:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EDUCAÇÃO. TRANSPORTE DE ALUNOS. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. OFENSA NÃO CONFIGURADA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 13.8.2008. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de Poderes. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 2014, p.1).

No caso em tela, trata-se de uma Ação Civil Pública, outro instrumento de provocação ao Judiciário que pode resultar em um caso de ativismo necessário. Aqui, o Ministério Público ajuizou a ação em desfavor do Estado da Bahia, com o objetivo de determinar que o Estado da Bahia desenvolva política pública que atenda o transporte escolar. Este último alegou violação ao Princípio da Separação de Poderes.

Percebe-se a lacuna deixada pelo Poder Executivo ao falhar em implementar políticas públicas para um caso que, expressamente, é previsto na Constituição Federal. Dessa maneira, o ativismo judicial entrou em ação e, conforme se extrai da argumentação do voto proferido da Relatora Min^a. Rosa Weber, o Judiciário acolheu o pedido e corrigiu a omissão estatal:

A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de reconhecer a possibilidade de o Poder Judiciário determinar, em situações excepcionais, que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente estabelecidos sem que isso importe violação do princípio da separação de Poderes (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 2014, p.3).

Esses e tantos outros exemplos existentes na jurisprudência brasileira, fortificam a importância do ativismo judicial e da judicialização. É de toda certeza afirmar que inúmeros indivíduos tiveram garantias fundamentais resguardadas única e exclusivamente por conta da atuação do Poder Judiciário.

Evidente, portanto, que tais institutos possuem limites, não podendo ser instrumentos na mão do Poder Judiciário a serem utilizados a seu bel prazer, devendo atentar-se para a necessidade além da intervenção precisa que não viole os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

6 OS LIMITES A SEREM OBSERVADOS

Evidente que, assim como para toda regra há uma exceção, em se tratando de uma própria exceção, como é o caso da atuação do Judiciário na esfera de garantia dos direitos fundamentais, essa exceção está dentro de limites.

Inexistir limites à interferência do Poder Judiciário levaria o caos, pois daria nas mãos dos magistrados um poder de interferir em que quiser e quando quiser, versando e interpretando as normas de acordo com seus próprios conceitos subjetivos e valores diferentes.

Alguns podem afirmar que o limite do ativismo e da judicialização seria a Constituição Federal. O Ministro Celso de Mello (2008), possui posição similar:

O Supremo não se curva a ninguém nem tolera a prepotência dos governantes nem admite os excessos e abusos que emanam de qualquer esfera dos três Poderes da República, desempenhando as suas funções institucionais de modo compatível com os estritos limites que lhe traçou a própria Constituição.

De certa forma, está correto, porém, os limites devem ir muito além do próprio texto legal, uma vez que esse abre espaço para margens interpretativas, que podem variar de um magistrado para outro.

De início, cumpre salientar que a intervenção judicial é um ato contingencial, buscando uma solução, por muitas vezes temporária, do problema escancarado pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Nessa vertente interpretativa, tem-se o entendimento de Lênio Streck (2014, p. 65), que aponta que a judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do Judiciário na deficiência dos demais poderes. Assim, a judicialização da política resulta no cumprimento, via Judiciário, dos objetivos políticos constitucionais, ou seja, o Judiciário está entregando aos jurisdicionados aquilo que lhes é garantido pelo texto constitucional, ainda que de forma contingencial, pois, implementado o serviço, desaparecerá a necessidade de atuação do poder Judiciário.

6.1 Mínimo existencial e reserva do possível

O Estado deve garantir a todos o mínimo existencial, ou seja, os direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana: O mínimo existencial diz respeito ao núcleo básico do princípio da dignidade humana assegurado por um extenso elenco de direitos fundamentais sociais, tais como direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistencial social, ao acesso à justiça, a moradia, ao trabalho, ao salário mínimo, à proteção à maternidade e à infância (WATANABE, p. 2011, p. 19).

No ordenamento jurídico brasileiro, apesar da ausência expressa no texto constitucional sobre a existência do mínimo existencial, o mesmo se encontra de maneira implícita na Constituição Federal, intrínseco em princípios e objetivos da Carta Magna. Os direitos fundamentais individuais, inseridos nos direitos fundamentais sociais, são completamente passíveis de tutela jurisdicional, na medida em que deve ser garantido o mínimo existencial.

No entanto, em que pese o mínimo existencial ser um basilar oculto da Constituição Federal, há o princípio da reserva do possível, que para muitos surge como um limitador da atuação judicial nas políticas públicas, bem como uma ferramenta de controle do Poder Judiciário e, até mesmo, justificativa para o Poder Público ante a ausência de garantia de alguns direitos fundamentais.

Incontroverso o fato que os direitos fundamentais são afetados pela reserva do possível, uma vez que essa se trata de uma limitação lógica e, de certo modo, óbvia à atividade jurisdicional em matéria de efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais (MARMELSTEIN, 2009, p. 322). Assim, afeta a tutela desses

direitos na medida em que o órgão estatal que deveria fornecer a garantia ao cidadão, não a faz sob a alegação, por exemplo, de escassez de recursos ou incapacidade de cumprimento.

A reserva do possível, no âmbito jurídico brasileiro, esbarra fortemente na questão financeira, pois é invocada muitas vezes pelo Poder Público como uma observância à limitação das receitas do orçamento público, de maneira a mitigar os direitos fundamentais prestacionais.

Nessa baila, leciona o Ministro Celso de Mello (2004):

A realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Ante tal entendimento do conceito de ambos institutos, bem como do entendimento da importância de se garantir o mínimo existencial, mas também, de respeitar a reserva do possível em cada contexto, urge a necessidade de entender como a atuação judicial pode coexistir sem que haja o ferimento de dois princípios que parecem tão opostos em seus conceitos práticos.

O ativismo deve funcionar como um remédio, na dosagem certa, sem excessos, no momento correto, adequado, de maneira eficaz e pelas mãos aptas para aplicá-lo.

No meio deste caminho, todavia, encontram-se barreiras, tal qual a reserva do possível, descrita como uma limitação lógica e, de certo modo, óbvia à atividade jurisdicional em matéria de efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais (MARMELESTEIN, 2009, p. 322).

Dessa maneira, diante da problemática entre mínimo existencial e reserva do possível é imprescindível que se exija do magistrado a preocupação constante com os impactos orçamentários de sua decisão, visto que a ausência de meios materiais disponíveis para o cumprimento da ordem judicial poderá tanto gerar o desprestígio do julgado (pela frustração na sua execução) quanto prejudicar a implementação de outros direitos igualmente importantes através das políticas públicas existentes (MARMELESTEIN, 2009, p. 322).

No que se refere a essa questão, é dado interessante e de suma importância menção, que aponta sobre a análise ou não dos aspectos econômicos (reserva do possível) pelos juízes em relação ao deferimento dos pedidos de concessão de medicamentos ou tratamentos. De acordo com a pesquisa, verifica-se que nos casos de concessão de medicamentos, apenas 4,1% dos juízes analisam a questão econômica e nos casos de não concessão aproximadamente 66,7% analisam a questão econômica (MOURA, 2012, 1552).

A reserva do possível é um obstáculo a ser amplamente discutido e ultrapassado, de maneira lógica e sem rodeios, séria e racional, todavia, eis que nunca o mínimo existencial dos cidadãos deve ser negado em detrimento de coisa alguma.

Nesse diapasão Dirley da Cunha Júnior (2006, p.287), elucida que num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente excluídos e onde quase meio

milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo, enquanto seus pais sequer encontram trabalho e permanecem escravos de um mesmo sistema que não lhes garante a mínima dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamentos do tipo reserva do possível.

Ainda sobre o tema, tem-se o pensamento, um tanto quanto mais radical, de Andrey Stephano Silva de Arruda (2012) em seu trabalho, *in verbis*:

[...] se tornou uma falácia tal instituto, pois o que encontra-se externado são governantes alegando que não tem os cofres públicos numerários suficientes, ou seja, não há receitas que venham garantir a concretização destes direitos sociais, não existem políticas públicas para tal cumprimento, não existem leis ordinárias ou complementares para impor tal comportamento (cumprir e garantir ao povo, pelo menos o mínimo existencial, como a saúde, educação, moradia, assistência social), mas o que se vê é, políticos gozando do dinheiro público para fazer viagens ao exterior com a família, comprando carros de luxo, castelos, mansões, fazendo conchavos políticos, entre outras formas de ludibriações, enquanto que, milhares de pessoas passam fome, morrem em leitos de hospitais públicos sem serem atendidos, crianças não têm acesso a uma educação de qualidade, onde que, com isso, observa-se, ou a pessoa tem certa condição financeira, ou vai ficar a mercê destes políticos que se colocam no poder e nada fazem em prol do povo.

Finalmente, importante salientar, ainda, a posição da Min^a. Rosa Weber, em sua argumentação no julgamento de agravo por parte do Estado da Bahia, em caso supracitado no tópico 5:

Não socorre ao agravante o argumento de sujeição ao princípio da “reserva do possível”, porquanto o Supremo Tribunal Federal entende que não é permitido ao Poder Público invocá-lo com propósito de inviabilizar a implementação de políticas públicas estabelecidas pela própria Constituição Federal, como ocorre no presente caso (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 2014, p. 4)

Conclui-se, portanto, que diante da problemática entre mínimo existencial e reserva do possível é imprescindível que se exija do magistrado a preocupação constante com os impactos orçamentários de sua decisão, visto que a ausência de meios materiais disponíveis para o cumprimento da ordem judicial poderá tanto gerar o desprestígio do julgado (pela frustração na sua execução) quanto prejudicar a implementação de outros direitos igualmente importantes através das políticas públicas existentes (MARMELSTEIN, 2009, p. 322).

Implica dizer que, existindo direitos fundamentais sociais com densidade suficiente para se averiguar mínimo existencial necessário, a cláusula da reserva do possível não poderá ser invocada pelo Poder Público, sendo que este só poderá apresentar tal justificativa/impedimento diante das demais normas constitucionais, ou quando o mínimo existencial já houver sido garantido, tratando a questão do caso concreto de uma extrapolação deste.

Dessa maneira, a reserva do possível não pode ser tratada como uma limitadora, mas sim como um fator a ser observado pelo juiz sob a ótica do princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

7 CONCLUSÃO

A judicialização e o ativismo judicial nas políticas públicas do Brasil são uma maneira que a minoria tem encontrado de se agasalhar no Judiciário para garantir a eficácia dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, ainda que existam resistências por parte da doutrina e da Administração Pública.

O ativismo judicial é a caracterização concreta da insuficiência do Estado em atender os anseios de sua população, bem como do cumprimento de seus deveres constitucionais, transformando o Poder Judiciário num protetor ou amenizador dos danos sofridos ante a incompetência estatal.

É fato de que há enorme dificuldade por parte dos Poderes Executivo e Legislativo em concretizar os objetivos dos direitos fundamentais previstos na Lei Maior, por isso, a necessidade de atuação do Poder Judiciário para garantir, pelo menos, o mínimo existencial desses direitos.

, Essa intervenção não viola o princípio da separação dos três poderes, uma vez que a função do Supremo Tribunal Federal é de ser o guardião da Constituição, função essa que abre margem para o ativismo e a judicialização.

Por outro lado, entender a importância do princípio da separação dos três poderes é fundamental, uma vez que ela, ao passo que permite a intervenção do Judiciário para sanar omissões pelos demais poderes, também o limita para que não cometa excessos abrangendo questões fora de sua alçada.

Deve ser sempre observado pelo Poder Público, o mínimo existencial, visto que esse é o limiar que torna a atuação do Judiciário de útil para necessária, uma vez que garantir o mínimo existencial está, essencialmente, conectado com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A reserva do possível, embora pareça um limitador, não deve ser considerada como tal, mas sim ser compreendida pelo magistrado através dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, para que influa na decisão do caso concreto, eis que em análise do contexto, a reserva do possível é fator importante para que o juiz chegue a um posicionamento que não coloque em risco as políticas públicas existentes mas, ao mesmo tempo, não desampare o indivíduo ou o coletivo que necessite do mínimo existencial de um determinado direito a ser assegurado.

Garantir o cumprimento dos direitos fundamentais diante da análise detalhada do caso concreto pelas vias judiciais, impondo ao Poder Público o cumprimento da obrigação mitigada é um dever do Poder Judiciário, ante a provocação deste, e, ainda mais importante, ante seu dever para com a Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência de República, [2020]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência de República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 16 jun. 2022.

BRITO, Rejane Miranda Sampaio Barbosa de. **Organizações formais de trabalho: um enfoque na saúde mental do trabalhador e a tutela jurídica**. 2012. Projeto de Pesquisa (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito de Ipatinga, Ipatinga, 2012.

BRUGNOLO MAZAROTTO, Eduardo; GONÇALVES DE QUADROS, Doacir. **Ações afirmativas e judicialização da política: um olhar baseado na teoria de John Rawls**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.14, n.1, 1º quadrimestre de 2019. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica. Acesso em: 02 nov. 2022.

CHRISTOFIDIS, Juliana Farias de Alencar; **Ativismo judicial ou judicialização de políticas públicas - A descriminalização do aborto pelo STF**; Migalhas, 2021. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/342764/ativismo-judicial-ou-judicializacao-de-politicas-publicas>

GRANJA, Cícero Alexandre; **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais**; Ambito Jurídico, 2013. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-como-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/amp/>

HESS, Heliana Maria Coutinho; **Ativismo judicial e controle de políticas públicas**; Research, Society and Development, v. 10, n. 3, e9010313009, 2021.

JEVEAUX, Geovany Cardoso; **A teoria de justiça de John Rawls, ações afirmativas e o ativismo judicial por meio do Supremo Tribunal Federal**; Open Journal Systems, 2020. Disponível em <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1270>

MEDINA, Janaina de Castro Marchi; TOLEDO, Renata Maria Silveira; **O ativismo judicial é um jogo sem fair play? Direito e brincadeira**; Research, Society and Development, v. 10, n. 3, e9010313009, 2021.

REIS, Cristiane de Souza; SOUSA, Carlo Arruda; **Breve análise sobre a ação afirmativa**; Ambito Jurídico, 2005. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-como-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/amp/>

RIBEIRO, Luiz Alberto Pereira; **O judiciário na (des) construção de políticas públicas**; Publica Direito. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=65c1700fde3e9a94>

SARAIVA, Andressa Medeiros; TORRES, Marjorie Brenda Gouveia Rocha; HANDAR, Yasmin Brehmer; **Entre o ativismo judicial e a judicialização da política: um estudo de caso sobre a importação de canabidiol para fins medicinais no recurso especial n. 1657075/PE**; Law Review, Volume 1, nº 1, 2021.

SILVA, Bruno Miola da; **O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial: uma análise dos reflexos dessa prática no judiciário brasileiro**; Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 31, n. 1: 241-260, jan./jun. 2015.

STRECK, Lenio Luiz; **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?**; Consultor Jurídico, 2013. Disponível em <https://epm.tjsp.jus.br/Noticias/noticia/25025?pagina=269>

STRECK, Lenio Luiz; **Confira a Entrevista de Lenio Streck ao Conjur Sobre Desacordos Sociais**; Genjurídico, 2019. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2019/03/27/confira-a-entrevista-de-lenio-streck-ao-conjur-sobre-desacordos-sociais/>

STRECK, Luiz Lenio; **Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada**; Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016.

TEIXEIRA, Anderson Vinchinkeski; **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. Scielo Brasil, 2012. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/dr6L3MVvFz4MsrCShHytnrQ/?lang=pt>

-
FGV; **Mapa da nova pobreza: Estudo revela que 29,6% dos brasileiros têm renda familiar inferior a R\$ 497 mensais**. Portal FGV, 18 de jul. 2022. Disponível em <https://portal.fgv.br/noticias/mapa-nova-pobreza-estudo-revela-296-brasileiros-tem-renda-familiar-inferior-r-497-mensais>. Acesso em 02 de nov. 2022.

PUENTE, Beatriz; **Com maior número em seis anos, Brasil tem 244 mil jovens de 6 a 14 fora da escola**. CNN Brasil, 02 de dez. de 2021. Disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/com-maior-numero-em-seis-anos-brasil-tem-244-mil-jovens-de-6-a-14-fora-da-escola/#:~:text=Cerca%20de%20244%20mil%20crian%C3%A7as,escolar%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20a%202019>. Acesso em 02 de nov. 2022.

UFMG; **Cortes na saúde afetam usuários: Números de atendimentos no SUS cai mais de 12%**. APUBH UFMG Sindicato dos Professores, 13 de mai. de 2022. Disponível em <https://apubh.org.br/noticias/cortes-na-saude-afetam-usuarios-numero-de-atendimentos-no-sus-cai-mais-de-12/>. Acesso em 02 de nov. 2022.