

**A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O
ATIVISMO JUDICIAL COMO MEIOS DE CONCREÇÃO DOS
DIREITOS INDIVIDUAIS, SOCIAIS E COLETIVOS**

THE JUDICIALIZATION OF PUBLIC POLICIES AND JUDICIAL
ACTIVISM AS A WAY TO GUARANTEE INDIVIDUAL, SOCIAL
AND COLLECTIVE RIGHTS

Carlos Henrique Solimani*
Juvencio Borges Silva**

* Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto/SP – UNAERP. Especialista em Direitos das Obrigações pela UNESP. MBA Executivo pela FGV (Fundação Getúlio Vargas). Advogado. Email: chsolimani@hotmail.com. Direitos Coletivos e Cidadania.
E-mail: chsolimani@hotmail.com

** Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Doutor pela UNESP, Mestre pela UNICAMP, Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Franca, Graduado em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia de Passos, Docente do Programa de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP.
E-mail: juvencioborges@gmail.com

Como citar: SOLIMANI, Carlos Henrique; SILVA, Juvencio Borges. A judicialização das políticas públicas e o ativismo judicial como meios de concreção dos direitos individuais, sociais e coletivos. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 1, p. 179-203, abr. 2019. DOI: 10.5433/1980-511X2019v14n1p179. ISSN: 1980-511X.

Resumo: O presente artigo tem como objeto o estudo dos fenômenos da Judicialização das Políticas Públicas e o Ativismo Judicial como meios de concreção dos direitos sociais e coletivos. A discussão da temática é empreendida para demonstrar a ineficiência do Estado em tornar efetiva sua atuação como agente fomentador dos direitos fundamentais e sociais, do progresso, da cidadania, do combate à fome, à miséria, melhoria da saúde, educação. O Poder Judiciário tem-se tornado o último refúgio dos indivíduos na defesa da cidadania frente aos Poderes Executivo e Legislativo. Será objeto de avaliação a interferência do Poder Judiciário na divisão dos poderes, sua legitimidade para agir na linha ora suscitada e da interferência administrativa de suas decisões. Apesar das inúmeras decisões Judiciais ativistas os Poderes Legislativo e Executivo têm mantido sua postura de inércia e ineficiência obrigando a atuação do Poder Judiciário. A discussão da temática será empreendida por meio da revisão da literatura pelo método hipotético-dedutivo, além de dados estatísticos concretos a demonstrar o resultado e conclusão das pesquisas. O tema é absolutamente atual e sua contemporaneidade assim permanecerá por longo tempo enquanto os Poderes Executivo e Legislativo não adotarem Políticas Públicas efetivas e necessárias à concreção dos direitos sociais.

Palavras-chave: Ativismo. Concreção. Direitos sociais. Judicialização. Políticas Públicas.

Abstract: This study explores the rising occurrence of the judicialization of public policies and judicial activism as a means of guaranteeing social and collective rights. This paper demonstrates that the inefficiency of the State as an agent for collective wellbeing promotes fundamental and social rights: such as the right to progress, citizenship, food, healthcare, education, and financial means for fighting against poverty. The judiciary system has become the last beacon of hope for people who suffer from the Executive and Legislative Branch's lack of action. The Judiciary's interference in the division of powers, its legitimacy to act along their lines has given rise to administrative interference. Despite the numerous judicial decisions which interfere in the role of other branches of government, there hasn't been any significant progress in derailing their inertia. This research utilizes literature review and the hypothetical-deductive method to better discuss this important theme, while also using concrete statistical data to demonstrate the results of this research. In conclusion, the topic of study is absolutely changing the way Brazil views its judiciary and acknowledges that the other branches of government have, in theory, important roles in guaranteeing legal rights even if they don't fulfill them as they should.

Keywords: Activism; Concretion; Social Rights; Judicialize; Public Policy.

INTRODUÇÃO

O retorno do Brasil ao regime democrático consolidou-se com a edição da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), ponto fundamental no processo de redemocratização da nação. O Estado Democrático de Direito foi estabelecido a partir do preâmbulo da Constituição, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

A separação dos Poderes, conforme artigo 2º, consolida a condição de serem independentes e harmônicos entre si, todavia a mencionada independência está calcada no sistema de freios e contrapesos - *checks and balances* -, garantindo-se a atuação atípica de cada um dos poderes, conforme autorização constitucional. Vale dizer que cada um dos poderes pode, conforme prerrogativa constitucional, atuar de modo típico quando no exercício preponderante de suas funções constitucionais e de modo atípico quando exerce de modo secundário as funções que são típicas a outro Poder (TEMER, 1992, p. 110).

O Poder Judiciário, por meio de suas atuais atividades, em face da omissão legislativa do Poder Legislativo e administrativa do Poder Executivo, vem ganhando cada vez mais importância no cenário político brasileiro, enaltecendo o tema da judicialização das políticas públicas. As decisões do Poder Judiciário têm sido caracterizadas pela sua natureza política, no sentido de impingir a necessária proteção aos direitos fundamentais e sociais ao cidadão, garantindo-lhe usufruir do direito à proteção da vida por meio da assistência à saúde em tratamentos emergenciais e fornecimento de medicamentos especiais, do direito social da educação básica infantil quando determina a realização de matrículas e abertura de vagas em creches, tal qual constam do artigo 6º da Constituição.

Segundo Barroso (2017, p. 6), a “judicialização e o ativismo judicial são primos”, porém não têm as mesmas origens e as mesmas causas imediatas. A judicialização decorre do modelo constitucional adotado que concede o direito subjetivo de ação em face de uma pretensão resistida, cabendo ao Judiciário decidir no caso concreto. O ativismo judicial decorre da “escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”, resultado de uma inação do Legislativo “impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva” (BARROSO, 2017, p. 6).

A obrigação dos poderes constituídos, especialmente dos Poderes Legislativo e Executivo é o de tornarem concretas as premissas constitucionais, programáticas ou não, contidas na Constituição Federal. O conceito de Políticas Públicas se insere neste contexto de tornar concretos os ditames contidos na Constituição Federal, dando-se efetividade aos direitos nela contidos. Com o advento da Constituição democrática de 1988, havia grande expectativa quanto ao desenvolvimento almejado e que os direitos individuais e sociais alcançariam as pretendidas melhorias no nível de emprego, na distribuição de renda, saúde, educação, segurança, moradia, etc., tornando-se efetiva

a cidadania.

No entanto, em razão de questões complexas como adoção de políticas equivocadas na destinação de recursos públicos, influências econômicas externas decorrentes do fenômeno da globalização, inércia na produção legislativa, entre outros motivos, o Poder Judiciário contemplou a colmatação das lacunas deixadas pelo Executivo e Legislativo, por meio da judicialização das políticas públicas e do ativismo judicial, consolidando sua importância no contexto atual, não havendo sinais no horizonte próximo de que esta tendência seja alterada.

O questionamento que se faz permeia a separação de poderes e o risco que o ativismo judicial possa trazer à democracia. Quais os limites de atuação do Poder Judiciário frente aos demais poderes constituídos? A efetividade da atuação do Poder Judiciário pode ser um fator de concreção dos direitos sociais face às falhas na implantação das políticas públicas?

O Poder Judiciário brasileiro nos últimos anos, face à sua forte atuação no ativismo e na judicialização das políticas públicas, têm alcançado não apenas a solução momentânea daqueles que o acionam, mas também praticado quase uma ingerência nos demais poderes constituídos. A sistemática atuação do Judiciário tem levado a críticas de setores da política e da academia, facilmente observada nos canais de comunicação, alguns a mencionar que estamos a vivenciar a “ditadura do Judiciário”.

Mas, será que se trata de uma ditadura do Judiciário ou o resultado de uma crise dos Poderes Legislativo e Executivo, ou seja, uma crise política e social? O princípio *ne procedat judex officio* está presente em nosso ordenamento, sendo que, não haveria decisão alguma sem que a parte interessada acionasse o Poder Judiciário para satisfação de uma pretensão. Se as decisões do Poder Judiciário, seja em que instância for, vem provocando ingerências nos demais poderes, poderia ser em decorrência de uma ampla crise política.

O tema proposto neste trabalho terá como ponto fulcral a referida judicialização das políticas públicas e o ativismo judicial como meios de concreção dos direitos sociais e da cidadania. Tentaremos analisar suas causas, os limites e a importância da atuação do Poder Judiciário nesta tarefa, que pode ser uma forma de proporcionar ao indivíduo e à sociedade, uma salvaguarda em ambiente de crise, de modo a possibilitar a fruição de seus direitos legítimos.

Inicialmente será tratada de forma breve a questão relacionada à cidadania e concreção dos direitos sociais como necessidade premente da sociedade brasileira; a seguir trataremos das políticas públicas e a sua efetividade; em seguida será objeto de avaliação a judicialização das políticas públicas como meio de concreção da cidadania; por fim trataremos do ativismo judicial e a atuação do Poder Judiciário.

O texto será desenvolvido por meio de revisão da literatura e utilização do método analítico-dedutivo e aspectos doutrinários sobre o tema proposto, com referencial teórico fundado na posição de Luís Roberto Barroso, Ronald Dworkin, Mauro Cappelletti e outros autores que contribuem para a análise político-jurídica complexa destes fenômenos.

1 A CIDADANIA E A CONCREÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A expectativa de qualquer indivíduo é ser reconhecidamente um sujeito de direitos concretos, não aquele fragmentado em sonho da desesperança, como uma utopia presente nos contos magníficos do poeta. Nascer, crescer, estudar, trabalhar, conquistar a tão almejada qualidade de vida e digna, em favor da qual lutam todos, até mesmo os Estados organizados politicamente, porém, sua concretude é usufruída por poucos.

Os Estados mais organizados, principalmente na Europa, Japão, Canadá e Estados Unidos, contemplam uns mais outros nem tanto o viver dos cidadãos conforme seja prudente aos anseios esperados e usufruídos de uma cidadania plena. Nesses países o índice de GINI¹ de desigualdade está abaixo de 0,4, chegando a 0,276 na Noruega, como exemplo de melhor distribuição de renda entre os países desenvolvidos, segundo dados da - Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico - OCDE.

A distribuição de renda é um dos fatores de garantia de usufruição de uma cidadania digna. Os fatores que determinam a distribuição de renda são complexos e decorrem de inúmeras variáveis econômicas, históricas, sociais e políticas, dentre elas a globalização. Milton Santos (2011), severo crítico da globalização, a coloca na condição de “fábula” em que o mercado avassalador global é apresentado a todos como

[...] capaz de homogeneizar o planeta quando, na verdade, as diferenças locais são aprofundadas. Há uma busca de uniformidade, ao serviço dos atores hegemônicos, mas o mundo se torna menos unido, tornando-se mais distante o sonho de uma cidadania verdadeiramente universal. [...] De fato, para a maior parte da humanidade a globalização está se impondo como uma fábrica de perversidades. O desemprego crescente torna-se crônico. A pobreza aumenta e as classes médias perdem em qualidade de vida. O salário médio tende a baixar. A fome e o desabrigo se generalizam em todos os continentes. Novas enfermidades como a AIDS se instalam e velhas doenças, supostamente extirpadas, fazem o seu retorno triunfal. A mortalidade infantil permanece, a despeito dos progressos médicos e da informação. A educação de qualidade é cada vez mais inacessível. Alastram-se e aprofundam-se males espirituais e morais, como os egoísmos, os cinismos, a corrupção (SANTOS, 2011, p.12-13).

Eros Grau (2008, p. 271) enfatiza que a globalização atual foi impulsionada pelas transformações oriundas de uma chamada terceira revolução industrial, decorrente da evolução da informática, computadores em rede mundial, auxiliada por uma rede de telecomunicações, gerando uma globalização financeira. Esta por sua vez, é responsável pelo trânsito monetário entre diversos países, de modo rápido, quase instantâneo, ao sabor dos interesses dos donos do capital, que utilizam o dinheiro como forma de multiplicação da riqueza, dinheiro pelo dinheiro e não apenas pela produção e circulação de bens. “A globalização financeira conduz, no entanto, ao esgarçamento, à deterioração da capacidade estatal de pôr o direito (direito posto). Os mercados

1 O índice de GINI do matemático italiano Conrado Gini: método para medir a concentração de renda em determinada população, apontando a diferença entre a renda dos mais pobres e dos mais ricos. Varia de 0 a 1, quanto mais próximo de 0 menos desigualdade, mais próximo de 1 maior desigualdade. (Cf. COUTINHO, 2013, p. 38).

financeiros globalizados passam a ser regulados por outros sujeitos que não o Estado” (GRAU, 2008, p. 275).

De modo empírico é possível concluir, inequivocamente, que a qualidade de vida dos países mais desenvolvidos está ligada à melhor distribuição de renda o que traz por consequência melhores condições de vida e de cidadania.

De acordo com os dados da OCDE (2012), o nível de desigualdade de renda por países em 2005, medidos pelo índice de GINI, correspondia à média variável de 0,272 da Noruega a 0,72 da África do Sul, estando o Brasil com índice de 0,566, atrás de Índia, Chile e Rússia.²

Mas enfim, o que é cidadania? Cidadania é palavra derivada do latim *civis, civitas e activa civitatis* e que designa as ligações de determinado cidadão a uma organização política, “dotando-o de prerrogativas de influir nas decisões políticas e obrigando-o a seguir o que fora decidido pelas instâncias legais”. [...] “Ela se configura na participação dos cidadãos nas decisões políticas da sociedade.” (MOURA AGRA, 2013, p. 244).

Apenas a participação do cidadão na escolha de seus representantes e a possibilidade de ser escolhido basta para que o indivíduo tenha e usufrua da cidadania? Entendemos que não.

A concreção dos direitos fundamentais e sociais emanados da Constituição de 1988 significa conceder ao indivíduo o efetivo exercício desses direitos e não basta apenas a sua previsão jurídica. Prever e não conceder é verdadeiramente mitigar a concreção dos direitos sociais e coletivos. “Cidadania é o direito a ter direitos, como já afirmara Hannah Arendt. A cidadania só é plena na medida em que os direitos fundamentais são assegurados” (SIQUEIRA; ALVES, 2011, p. 170).

De acordo com Marshall (1967, p. 84) o desenvolvimento da cidadania passou pela evolução de três direitos, a saber, o direito civil, o direito político e o direito social. Para Marshall (1967)

[...] A cidadania exige um elo de natureza diferente, um sentimento direto de participação numa comunidade baseado numa lealdade e uma civilização que é patrimônio comum. Compreende lealdade de homens livres, imbuídos de direitos e protegidos por uma lei comum. Seu desenvolvimento é estimulado tanto pela luta para adquirir tais direitos quanto pelo gozo dos mesmos, uma vez adquiridos (MARSHALL, 1967, p. 84).

Como se infere, o desenvolvimento deve ser estimulado pela luta em adquirir os direitos como também, uma vez adquiridos tais direitos, primar pela usufruição de tais direitos. No Brasil, a aquisição dos direitos fundamentais e sociais está consolidada na Constituição de 1988, porém a sua fruição ainda demanda a luta da sociedade para a sua concreção no aspecto individual e coletivo.

“A Constituição de 1988, documento jurídico e político que traduz os anseios de transformação da sociedade, reconhece que a realidade que pretende transformar é desigual e marcada pela pobreza e pela marginalidade.” (COUTINHO, 2013, p. 72).

Coutinho assevera ainda que

2 Os dados da OCDE - Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico. L’Observatoire des inégalités-, contempla amostras de índices de países localizados nos cinco continentes.

[...] Dito de outra forma, pode-se dizer, que no caso brasileiro, está em vigor uma constituição de pretensão transformativa que parte da suposição de que o *status quo* deve ser alterado em função da existência – explicitamente reconhecida – de desigualdades e outras mazelas sociais a ela preexistentes.

Isso significa, praticamente falando, que o Estado brasileiro, para implementar os objetivos constitucionais, tem de observar diretrizes bastante claras – embora não inteiramente precisas – que norteiam suas ações distributivas. Disso se pode concluir que mesmo que o texto constitucional não seja minucioso e exato a ponto de definir, por exemplo, o que seja pobreza ou determinar qual nível de igualdade ou de desigualdade (o coeficiente Gini, por exemplo) a ser alcançado, ele, sem sombra de dúvida, reconhece que as desigualdades sociais e regionais existem de fato e devem ser reduzidas. Reconhece ainda que há pobreza e determina que ela deve ser – aqui não há espaço para meio termo – erradicada. ” (COUTINHO, 2013, p. 72).

Importante para a consolidação da cidadania plena é a implantação de Políticas Públicas eficazes e que sejam capazes de trazer o desenvolvimento no sentido de diminuir a ponto de erradicar a pobreza no Brasil. Este é o objetivo determinado pela Constituição de 1988, conforme prenuncia o artigo 3º, pelo qual, constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No entanto, o Estado brasileiro tem se mostrado reticente quanto à implementação das políticas públicas para o atingimento dos objetivos traçados pela Constituição. Seja pela omissão, negligência, incapacidade política de dar a solução devida aos problemas nacionais, ou ainda pela utilização da cláusula da reserva do possível, a sociedade vem sofrendo pela falta de gerenciamento estatal por parte do Poder Executivo e, pelo lado do Poder Legislativo, uma ineficiência em priorizar a edição de normas que efetivamente conduzam as políticas públicas no sentido de dar efetividade aos direitos individuais, sociais e coletivos.

Observa-se que paradoxalmente estamos diante de um dilema social e constitucional. De um lado uma constituição que garante ao indivíduo e à sociedade direitos e garantias fundamentais e sociais; de outro um sistema político e administrativo de responsabilidade dos Poderes Executivo e Legislativo que deixam de cumprir sua tarefa fundamental de concretizar os direitos e garantias previstos na constituição. No vácuo destes poderes, resta apenas o Poder Judiciário a possibilitar ao indivíduo uma forma de exercício de uma cidadania mitigada.

O objeto deste artigo não é o de defender o Poder Judiciário na sua atuação por meio do ativismo judicial ou da judicialização das políticas públicas, nem o de criticar esta atuação até em possíveis ingerências sobre os demais poderes, mas o de trazer à discussão as consequências de uma crise política e econômica que conduzem a dissonâncias institucionais.

André Karam Trindade e Rafael Tomaz de Oliveira (2016) enumeram várias decisões

do Supremo Tribunal Federal que exemplificam a atuação do Poder Judiciário que, segundo estes autores, “o recurso sistemático à intervenção judicial parece ter atingido seu paroxismo” (TRINDADE; OLIVEIRA, 2016, p. 752).

[...] ADPF n. 378, que, a pretexto de discutir a legitimidade constitucional do rito do processo de impeachment, acabou por interferir na interpretação do regimento interno de uma das casas legislativas (no caso, a Câmara dos Deputados), bem como determinar atribuições prelibatórias ao Senado Federal que parecem não se ajustar ao que determina o artigo 86 da Constituição Federal de 1988. [...] ADPF 347, ao reconhecer um propalado “Estado de Coisas Inconstitucional” no sistema penitenciário brasileiro, acabou por determinar regras de estruturação de políticas públicas que interferiram no modo como a União gerencia/gerenciava os recursos do fundo penitenciário.

[...] Recurso Extraordinário (RE) n. 635.659, iniciado no segundo semestre de 2015 sobre a descriminalização do porte de drogas, no qual um dos ministros que já proferiu voto (Luís Roberto Barroso) chegou a sugerir a quantia de droga que deveria ser tolerada pela lei penal a título de porte, com a finalidade de criar um critério objetivo para distingui-lo das hipóteses de tráfico (nesse caso, parece nítido que, mais além de discutir que tipo de comportamento deve ser tolerado pela lei penal, o ministro Barroso avançou na análise de uma questão cujo locus adequado seria/é o Congresso Nacional). [...] Outro ponto que está contido nesse âmbito de análise – e que merece igual destaque – diz respeito às interpretações que o Supremo Tribunal fixou recentemente a respeito de alguns dos “direitos abstratos” (para usar uma expressão de Ronald Dworkin), previstos na Constituição de 1988. Nesse particular, o caso de maior impacto certamente diz respeito ao princípio da presunção de inocência (art. 5o. LVII da Constituição de 1988) e a decisão exarada no Habeas Corpus (HC) 126.292. Sem embargo das inúmeras discussões jurídicas que podem ser entabuladas a partir desse HC, o fato que importa para estas reflexões diz respeito à contradição que existe entre o entendimento assentado pela Corte e o texto constitucional. A garantia constitucional da presunção de inocência exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que o condenado possa ser recolhido à prisão. No HC 126.292, o Supremo Tribunal entendeu que o julgamento em segunda instância já satisfazia as exigências desse princípio constitucional, permitindo a execução provisória da pena. No caso, o Tribunal parece ter agido com atribuições mais fortes do ponto de vista jurídico do que o próprio poder de reforma, uma vez que sua interpretação implicou abolir parte da garantia constitucional, contrariando o artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição de 1988 (TRINDADE; OLIVEIRA, 2016, p. 752).

Além dos exemplos mencionados há centenas de julgados na primeira e segunda instância da Justiça obrigando os Municípios, o Estado e a União a fornecerem medicamentos e formas de tratamento médico, o que expressa sua função ativista e de judicialização de políticas públicas com propósitos eminentemente humanitários de defesa da vida e da saúde. Na falta de medicamentos essenciais à população, como garantia de manutenção da vida de certos pacientes, a atuação do Judiciário é criticável ou louvável? A omissão seria do Poder Executivo ou do Poder Legislativo? Qual Poder seria passível de sofrer uma sanção moral pela incapacidade de gerar meios a viabilizar

as Políticas Públicas?

Se em determinadas ações judiciais, ordinárias ou constitucionais, o Poder Judiciário poderia ser menos interventor é uma discussão crítica que não será levada a termo neste artigo. Há questões ligadas à cidadania e à concreção dos direitos sociais e coletivos que se destacam das questões político-judiciárias que ressaltam a importante função do Poder Judiciário permeando os caminhos que seriam naturais aos Poderes Executivo e Legislativo, todavia, sem que haja, em nosso entender, qualquer interferência na separação montesquiana de poderes, mas absolutamente necessárias na atualidade.

2 ENTENDENDO AS POLÍTICAS PÚBLICAS: O QUE SÃO

O exercício dos direitos sociais, individuais e coletivos está preconizado na Constituição de 1988, que instituiu um Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, prevendo os direitos e garantias fundamentais no artigo 5º e os direitos sociais no artigo 6º. Apesar de a implantação das Políticas Públicas serem fundamentais para tornar tais direitos uma realidade e não uma utopia, uma simples letra morta no papel, o termo Políticas Públicas aparece apenas duas vezes no texto da Constituição. No artigo 216-A, inserido pela Emenda Constitucional nº 71 de 2012, que estabelece o Sistema Nacional de Cultura; e no inciso II do § 8º do artigo 227, incluído pela Emenda Constitucional nº 65 de 2010, relacionado à implantação do estatuto da juventude.

Necessário mencionar que políticas públicas, conforme observa Elenaldo Celso Teixeira (2017)

[...] são diretrizes, princípios norteadores de ação do poder público; regras e procedimentos para as relações entre poder público e sociedade, mediações entre atores da sociedade e do Estado. São, nesse caso, políticas explicitadas, sistematizadas ou formuladas em documentos (leis, programas, linhas de financiamentos) que orientam ações que normalmente envolvem aplicações de recursos públicos. As políticas públicas traduzem, no seu processo de elaboração e implantação e, sobretudo, em seus resultados, formas de exercício do poder político, envolvendo a distribuição e redistribuição de poder, o papel do conflito social nos processos de decisão, a repartição de custos e benefícios sociais. Como o poder é uma relação social que envolve vários atores com projetos e interesses diferenciados e até contraditórios, há necessidade de mediações sociais e institucionais, para que se possa obter um mínimo de consenso e, assim, as políticas públicas possam ser legitimadas e obter eficácia. (TEIXEIRA, 2002, p. 2).

Celina Souza (2006, p. 20-45) esclarece ainda que não existe uma única definição do que seja política pública, mas enfatiza que é a soma das atividades dos governos que são realizadas de forma direta ou indireta por meio de delegações e que acabam por refletir direta ou indiretamente na vida dos cidadãos. Menciona, ademais

Pode-se, então, resumir política pública como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real” (SOUZA, 2006, p. 24).

De acordo com o posicionamento de Juvêncio Borges Silva e Ricardo dos Reis Silveira (2014),

[...] as políticas públicas consistem em ações governamentais, previamente planejadas (programa), que se realizam no contexto de um processo ou conjunto de processos levados a efeito segundo leis previamente fixadas, judicialmente definidas e administrativamente realizadas, com objetivos sociais relevantes e determinados politicamente. Tais objetivos devem ser orientados axiologicamente, segundo uma escala valorativa de prioridades, bem como o provimento de meios para sua realização, e a previsão temporal de sua efetivação. As políticas públicas, segundo esta definição contempla os elementos previsão, programação, planejamento, sistematização, coordenação, definição, objetivação, provisão, ação, realização, execução. (SILVA; SILVEIRA, 2014, p. 76-101).

No entanto, de acordo com Meksenas (apud GONÇALVES, 2011, p. 55) em posição antagônica, interpreta o conceito de políticas públicas como “formas de exclusão da população na participação das decisões do Estado de forma que o governo usa o capital para manter-se em ascensão e não ter protesto pela sociedade.” (GONÇALVES, 2011, p. 55). Entrementes,

[...] o Estado apregoa algo que não irá ocorrer com relação à elevação social. O governo possui uma falsa imagem de Estado-democrático quando na verdade esconde sua face de Estado extremamente capitalista que cria impostos abusivos e que, normalmente, a distribuição não é direcionada a melhoria da população (GONÇALVES, 2011, p. 56.).

Na observação de Celina Souza (2006), o papel dos governos na implementação das políticas públicas não passa pelos caminhos daqueles que acreditam que os governos apenas realizam as políticas públicas em razão de pressões de grupos de interesses, ou que o Estado opta por políticas definidas exclusivamente pelos que estão no poder ou que sirvam aos interesses de determinadas classes sociais. Na realidade o mundo contemporâneo está permeado por Estados cada vez mais complexos e que estão muito mais próximos da ideia daqueles que defendem que há uma autonomia relativa do Estado, pois atuam dentro de seu espaço próprio, muito embora sofram as influências internas e externas. (SOUZA, 2006, p. 27).

No dizer de Cappelletti (1999, p. 41) a ação dos governos “não pode se limitar a ser um ‘gendarme’ ou ‘night watchman’; ao contrário, o estado social – o ‘État providence’” na forma

como é colocada pelos franceses, mas deve se perscrutar por meio uma forma de controle social “que os cientistas políticos chamam de *promocional*.” (CAPPELLETTI, 1999, p. 41). Cappelletti (1999) ainda argumenta que a mencionada técnica

[...] consiste em prescrever programas de desenvolvimentos futuros, promovendo-lhes a execução gradual, ao invés de simplesmente escolher, como é típico da legislação clássica, entre “certo” e “errado”, ou seja, entre o caso “justo” e o “injusto”, *right and wrong*. E mesmo quando a legislação social cria por si mesma direitos subjetivos, cuida-se mais de *direitos sociais* do que meramente individuais. Tipicamente, os direitos sociais pedem para sua execução a intervenção *ativa* do estado, frequentemente *prolongada no tempo*. Diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o estado não permita sua violação, os direitos sociais – como o direito à assistência médica e social, à habitação, ao trabalho – não podem ser simplesmente “atribuídos” ao indivíduo. Exigem eles, ao contrário, permanente ação do estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por eles legitimadas. (CAPPELLETTI, 1999, p. 41)

De qualquer modo, tenha ou não independência na sua atuação, sofra ou não influência de grupos de poder internos ou externos, políticos, econômicos, o importante é observarmos que a atuação do Estado brasileiro está a merecer mudanças de rumos, pois os resultados sociais vivenciados pela população vêm demonstrando que as políticas públicas adotadas estão, no mínimo, equivocadas, distorcidas de suas finalidades.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A conquista da cidadania e da expressão contida na Constituição acerca da dignidade da pessoa humana são valores decorrentes da democracia que sobrelevam o respeito aos direitos humanos, em primeiro lugar. Se o Estado tem a obrigação de fazer valer as conquistas republicanas e democráticas estabelecidas e sintetizadas na Constituição Federal de 1988, evidentemente que tais iniciativas devem ser provenientes das atitudes políticas dos Poderes constituídos. O sistema de freios e contrapesos foi criado para o perfeito equilíbrio e harmonia entre os três poderes, na máxima contida no artigo 2º da Constituição.

O fato do Poder Judiciário ser chamado a estabelecer este equilíbrio, tal faceta de sua atuação está contemplada na Constituição, querendo isto dizer que na ocorrência da chamada judicialização da política e no ativismo judicial não estará ocorrendo qualquer interferência na separação de poderes concebida por Montesquieu e absorvida pelos países democráticos.

A judicialização das políticas públicas tem em sua concepção o significado de que as questões postas para serem conhecidas pelo Poder Judiciário, e que tenham grande repercussão política ou social, serão efetivamente decididas pelos seus órgãos em verdadeira substituição das instâncias políticas tradicionais, no caso o Poder Legislativo e o Poder Executivo. Barroso (2017,

p. 41) entende que:

[...] a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

Evidente que a atuação do Poder Judiciário não permeia as questões de natureza eminentemente política de formação, criação e estabelecimento das políticas públicas; ou na própria condução do Estado na esfera administrativa, própria do executivo; ou de produção normativa e fiscalizadora, próprias do Legislativo, sob pena de interferência direta na autonomia dos Poderes constituídos.

Conforme observa Cappelletti (1999) na Itália, tal qual ocorre no Brasil, há uma “constatação de crescente sentimento de desilusão e desconfiança, não apenas em face dos parlamentos, mas também em relação ao poder executivo, à administração pública e suas inumeráveis agências.” (CAPPELLETTI, 1999, p. 44).

Esta realidade quase generalizada impulsiona o Poder Judiciário a ser demandado cada vez mais face à inoperância dos demais poderes constituídos, exigindo uma atuação mais proativa e participativa dos membros do Judiciário no sentido de dar solução aos conflitos potencializados pela carência de políticas públicas adequadas. Judicialização das políticas públicas, portanto, são “as decisões do Poder Judiciário determinando que o Poder Executivo adote medidas para tornar eficazes os direitos constitucionalmente assegurados” (SILVA; SILVEIRA, 2014, p. 13) tendo como fundamento, como já asseverado anteriormente, a eficácia do sistema de freios e contrapesos, que traduz a harmonia e equilíbrio que deve haver entre os três poderes.

Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro (BARROSO, 2017, p. 3).

De acordo com Barroso (2017), como mencionado, a primeira causa da Judicialização foi a redemocratização do Brasil com a edição da Constituição de 1988 que transformou o Poder Judiciário em um verdadeiro poder político diferentemente daquele então existente durante o regime militar. A democracia, os ditames constitucionais, a elevação da cidadania e dignidade da pessoa humana como fundamentos constitucionais, a população mais bem informada e em busca de maior proteção aos seus direitos, sem esquecer-se de pontuar o crescimento da atuação do Ministério Público, são pontos a destacar nesta nova etapa republicana que fortaleceu o Poder Judiciário, hoje visto como última instância a ser perscrutada pelo cidadão.

Barroso (2017) assevera ainda que a segunda causa foi uma constitucionalização abrangente

“que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária”; e a terceira causa “o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo”. (BARROSO, 2017).

A judicialização das políticas públicas tem sido objeto de inúmeras decisões judiciais, desde o primeiro grau de jurisdição até o Supremo Tribunal Federal, em que destacamos inicialmente a decisão proferida no Agravo Regimental na suspensão de Liminar nº 47, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2010), cujo voto contempla a importância da defesa dos direitos fundamentais, a saúde entre eles:

Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. Decisão O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes (Presidente), negou provimento ao recurso de agravo. Plenário, 17.03.2010 (BRASIL, 2010).

Destacamos ainda o Acórdão proferido em Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 393175, de relatoria do Ministro Celso de Mello,

RE 393175 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator (a): Min. CELSO DE MELLO.
E M E N T A: PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - **O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a**

todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. **DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR.** - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, “caput”, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. **MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER.** - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes. Decisão. A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo e, por considerá-lo manifestamente infundado, impôs, à parte agravante, multa de 1% sobre o valor da causa, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Cezar Peluso. 2ª Turma, 12.12.2006. (BRASIL, 2006, grifo nosso).

Sobreleva observar nesta decisão o reconhecido direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela Constituição contra decisões administrativas que privilegiam a teoria da reserva do possível em detrimento do mínimo existencial. No dizer do Ministro Celso Mello, no embate entre um interesse financeiro e secundário do Estado e o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas, este deve ser privilegiado por razões de ordem ético-jurídica e por haver proteção constitucional ao direito inalienável assegurado a todos, como prerrogativa fundamental, da vida e da saúde.

Vislumbra-se ainda a preocupação do Supremo Tribunal Federal em abrigar a tese de que deve incidir em desfavor do Poder Público a obrigação de se tornar efetiva a prestação de saúde

pública, bem como a de promover em benefício das pessoas e da sociedade em geral medidas preventivas e de recuperação, fundadas em Políticas Públicas idôneas com a finalidade fundamental de viabilizar e dar concreção ao comando estatuído na Constituição Federal.

Robert Alexy (2015, p. 176) notabiliza que o direito fundamental social mais importante é o direito a um mínimo existencial, um direito considerado definitivo, e por esta razão, tem caráter de uma regra. Neste aspecto é obrigação do Estado garantir o mínimo existencial pela aplicação da precedência da dignidade da pessoa humana sobre as possibilidades financeiras.

A ideia do mínimo existencial traz em si as balizas a serem observadas como condições mínimas para uma existência digna de acordo com os preceitos da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, a teoria da “reserva do possível representa os obstáculos para a execução de políticas públicas, inclusive as de efetivação de direitos sociais, direitos entendidos como essenciais” (SILVA; MASSON, 2015, p. 205), considerando-se nesta hipótese as questões relacionadas à lei de responsabilidade fiscal, à disponibilidade de recursos públicos que estão diretamente relacionadas às questões orçamentárias e financeiras do Estado. (SILVA; MASSON, 2015).

Na prevalência dos direitos fundamentais inalienáveis sobre questões de ordem financeira estatal, aparece o Poder Judiciário, chamado a decidir o conflito, do qual não pode se omitir. Observa Cappelletti (1999) que:

[...] a dura realidade da história moderna demonstrou que os Tribunais – tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas do gigantismo estatal, o legislativo e o administrativo – não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato, escolher uma das duas possibilidades seguinte: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviantesco administrador. a) Recaindo a escolha na primeira alternativa, a autoridade judiciária ficará confinada ao tranquilo, embora apertado, campo das funções “protetoras” e “repressivas”. A sua escolha não superará os que podem ser considerados, em sentido lato, conflitos privados (sejam civis ou penais), dado tratar-se sempre de conflitos que não envolvem novas tarefas promocionais, agudas e usualmente direcionadas ao “Poder político” do estado. [...] b) Recaindo a escolha, pelo contrário, na segunda alternativa – como aconteceu, sempre em linha de princípio e com muitas alternativas e variantes, em vários sistemas de “Common Law”, especialmente nos Estados Unidos – assistir-se-á então o emergir do judiciário como um “terceiro gigante” na coreografia do estado moderno (CAPPELLETTI, 1999, p. 47).

A observação de Cappelletti (1999), no caso da segunda escolha, os juízes se tornarão os controladores não apenas da atividade civil e penal dos cidadãos, como também dos “poderes políticos”, coincidindo assim com o crescimento do estado moderno, observando-se que sua obra foi escrita em 1991. A Judicialização das Políticas Públicas, portanto, como atividade jurisdicional é condição de equilíbrio e aplicação efetiva das garantias e direitos fundamentais, como salvaguarda da sociedade em lhe assegurar o mínimo existencial em desfavor da teoria da

reserva do possível, uma justificativa muitas vezes perniciosa na fruição pelo cidadão dos direitos garantidos constitucionalmente.

4 O ATIVISMO JUDICIAL

De acordo com Barroso judicialização das políticas públicas e ativismo judicial são expressões que pertencem ao mesmo ideário democrático. Se a judicialização das políticas públicas representa a atuação do Poder Judiciário quando acionado, ou seja, assim que uma determinada controvérsia lhe é posta, obrigando-o a uma decisão, com base na discussão já referida no item anterior, o ativismo, por sua vez, que teve origem na jurisprudência norte americana, inicialmente de natureza mais conservadora, passando a uma postura progressista em matéria de direitos fundamentais na década de 50 do século XX, ocorre “em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.” (BARROSO, 2017. p. 6).

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, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2017, p. 6).

A atuação do Poder Judiciário tem relevante importância no mundo contemporâneo não em razão de que se possa imaginar o ativismo como forma de substituição do Legislativo, mas como forma de balancear a mencionada retração mencionada por Barroso. Se o Poder Legislativo historicamente tem a prerrogativa de se deslocar da sociedade civil, as demandas sociais não podem aguardar o momento futuro em que esta inação saia de sua inércia natural.

A sociedade civil, os indivíduos, as comunidades carentes e suas vidas cotidianas, se arvoram na necessidade da atuação do Poder Público, na medida em que as políticas públicas precisam sair do universo, às vezes intangível, das questões programáticas, para se concretizar na vida das pessoas de modo efetivo. O ativismo é um mote a movimentar as políticas públicas, a retirar das prateleiras das estantes e colocá-las no balcão para serem usufruídas pela sociedade.

Relativamente ao Poder Legislativo Cappelletti (1999) analisa a atuação do Parlamento italiano, porém suas observações podem muito bem serem transpostas ao universo cotidiano do Congresso brasileiro,

De um lado, os parlamentos demonstraram o caráter fantasioso da sua pretensão de se erigirem em instrumentos onipotentes do progresso social. Demasiadas leis

foram emanadas demasiadamente tarde, ou bem cedo tornaram-se totalmente obsoletas; muitas se revelaram ineficazes, quando não contraproduativas, em relação às finalidades sociais que pretendiam atingir, e muitas, ainda, criaram confusão, obscuridade e descrédito da lei. Nem se esqueça que os parlamentos, nas sociedades pluralísticas, compõem-se na maior parte de políticos eleitos localmente, ou vinculados eleitoralmente a certas categorias ou grupos. Os valores e prioridades desses políticos são, por isso, muito amiúde valores e prioridades locais, corporativos ou de grupo. Como escrevi em outro lugar, estes políticos na formação de suas decisões não se empenham usualmente na valoração objetiva e desinteressada de custos e benefícios.” (CAPPELLETTI, 1999, p. 47).

Para que o ativismo seja efetivamente um ponto de equilíbrio na movimentação do dispositivo *check and balances* é necessário que o Poder Judiciário tenha em sua atuação Juízes comprometidos com a Justiça e dotados de sensibilidade social. Ronald Dworkin ao tratar da equidade menciona que a Justiça, ao contrário da política,

[...] se preocupa com as decisões que as instituições políticas consagradas devem tomar, tenham ou não sido escolhidas com equidade. Se aceitamos a justiça como uma virtude política, queremos que nossos legisladores e outras autoridades distribuam recursos materiais e protejam as liberdades civis de modo a garantir um resultado moralmente justificável (DWORKIN, 1999, p. 200).

Dworkin (1999) ao se referir à interpretação da Constituição analisa uma forma denominada “passivismo” cujos defensores, segundo ele, diferenciam duas abordagens diferentes, uma denominada “abordagem ativa” e outra denominada “abordagem passiva” da Constituição. Os juízes que utilizam a abordagem “passiva”, dizem os defensores do passivismo, mostram grande acatamento “para com as decisões de outros poderes do Estado, o que é uma qualidade do estadista, enquanto os “ativos” declaram essas decisões inconstitucionais sempre que a desaprovam, o que é tirania.” (DWORKIN, 1999, p. 442)

Argumenta ainda que a:

[...] alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas, mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania (DWORKIN, 1999, p. 452).

A avaliação de Dworkin (1999) para a função judiciária está atrelada à questão de o Poder Judiciário atuar de modo a possibilitar em sua atuação efetividade aos direitos fundamentais, dentre eles os individuais, por que não os coletivos. Para ele “o objetivo da decisão judicial constitucional não é meramente nomear os direitos, mas assegurá-los, e fazer isso no interesse daqueles que têm tais direitos.” (DWORKIN, 1999, p. 465).

Para Habermas (1997, p. 343) quando se refere ao ativismo constitucional, assevera que

esta é uma forma de compensação do desnível existente entre o ideal republicano e a realidade constitucional.

Ao discorrer sobre o direito como integridade, Dworkin (1999) enfatiza que as decisões judiciais devem ser embasadas nos princípios éticos, dos ideais de justiça e na equidade, “porém, essa inusitada intrusão judicial nas funções administrativas é apenas a consequência, em circunstâncias extremamente especiais e conturbadas, de uma visão perfeitamente tradicional do cargo de juiz.” (DWORKIN, 1999, p. 467)

A justiça, como dissemos, diz respeito ao resultado correto do sistema político: a distribuição correta de bens, oportunidades e outros recursos. A equidade é uma questão da estrutura correta para esse sistema, a estrutura que distribui a influência sobre as decisões políticas da maneira adequada. (DWORKIN, 1999, p. 483). [...]. O direito é um conceito interpretativo. Os juízes devem decidir o que é o direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que é o direito. Teorias gerais do direito são, para nós, interpretações gerais da nossa própria prática judicial (BARROSO, 2017, p. 17).

Barroso observa que o ativismo judicial tem em sua gênese “uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário.” (BARROSO, 2017, p. 17).

Quer isto dizer que o ativismo, bastante presente no cotidiano jurídico brasileiro, é uma forma de sobrepujar a inércia legislativa, exemplificando Barroso o caso da fidelidade partidária em que o Supremo Tribunal Federal declarou que a vaga no Congresso é do partido e não do candidato; a criação da Súmula Vinculante sobre o nepotismo; no âmbito da saúde, de máxima importância, o caso da distribuição de medicamentos e realização de tratamentos por meio de decisões judiciais estampadas em todo o Brasil por meio das Justiças Estadual e Federal.

Muito se discute se a atuação do Poder Judiciário estaria interferindo na divisão de poderes especialmente na função legislativa. Para Cappelletti (1999) os juízes em sua atividade são constrangidos a serem “*law makers*”, ou seja, criadores do direito, no entanto, ao serem instados a julgar passam a interpretar o que invariavelmente leva ao esclarecimento, integração, transformação, “e não raro a criar *ex novo* o direito. Isto não significa, porém, que sejam ‘legisladores’, pois há diferenças substanciais “entre os processos legislativo e jurisdicional”:

Certamente, do ponto de vista substancial, tanto o processo judiciário quanto o legislativo resultam em criação do direito, ambos são “*law-making processes*”. Mas diverso é o modo, ou se se prefere o procedimento ou estrutura, desses dois procedimentos de formação do direito, e cuida-se de perigosos. O bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico e “ativista” e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz (CAPPELLETTI, 1999, p. 74).

Como bem observa Dworkin (1999), o juiz orienta-se em suas decisões por princípios jurídicos e não princípios políticos.

A atividade jurisdicional deriva do impulso iniciado pelo indivíduo que, ao ver seu direito mitigado, seja pelos seus pares ou pelo Estado, este por ação ou inatividade, manifesta-se frente ao Estado Juiz na defesa de seu interesse. Habermas (1997) sobressalta que o ato de iniciar uma ação judicial é resultado da substituição do uso da força pelo Estado a partir do momento em que o direito positivo sucedeu ao natural. O monopólio do uso da força é do Estado, porém defere e autoriza o indivíduo a se utilizar do seu legítimo direito de ação na defesa de seus interesses. Convém mencionar que desde

[...] a época de Hobbes, as regras do direito privado, apoiadas na liberdade de contratos e na propriedade, valem como protótipo para o direito em geral. Ao formular sua doutrina do direito, Kant tomara como ponto de partida direitos naturais subjetivos, que concediam a cada pessoa o direito de usar a força quando suas liberdades subjetivas de ação, juridicamente asseguradas, fossem feridas (HABERMAS, 1997, p. 48).

Deste modo, cabe ao Poder Judiciário o atendimento das necessidades sociais quando instado a se pronunciar, especialmente em situações em que a inatividade legislativa é responsável pelo descumprimento ao atender os anseios sociais. No entanto, o ativismo judicial sofre algumas objeções, no entender de Barroso, face à crescente intervenção judicial na vida brasileira, são elas: os riscos para a legitimidade democrática; o risco de politização indevida da Justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário.

A primeira das três objeções refere-se aos riscos para a legitimidade democrática, na medida em que os agentes do Poder Judiciário, por não serem eleitos publicamente, por exercerem um poder político, podem até mesmo invalidar atos praticados pelos Poderes Executivo e Legislativo. Segundo Barroso há duas justificativas, sendo uma de natureza normativa advinda da Constituição, pois esta atribui o poder de atuação, em especial dirigida ao Supremo Tribunal Federal e outra de natureza filosófica, justificada pelo fundamento constitucional do Estado Democrático de Direito e os princípios basilares da defesa dos direitos fundamentais e das garantias individuais. (BARROSO, 2017, p. 14).

Quanto à segunda objeção, de risco de uma politização indevida da justiça, infere Barroso (2017) que nos dias atuais “o Direito se aproxima da Ética, é um instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana. ” Apesar de o Direito não ser Política, há uma linha divisória às vezes não muito nítida, cabendo ao juiz observar em sua atuação:

[...] (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i. e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém,

há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia (BARROSO, 2017, p. 14).

A terceira objeção, referente aos limites da capacidade institucional do Judiciário, Barroso sustenta que a Constituição organiza os poderes de modo que sua atuação seja harmônica, para que não haja instância hegemônica, com riscos para a democracia e os direitos fundamentais. Há sempre o respeito aos valores e promoção dos fins de cada Poder conforme previsão constitucional.

No arranjo institucional em vigor, em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal. [...] o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui (BARROSO, 2017, p. 16).

O ativismo judicial no Brasil, em razão de sua realidade política e institucional, fluindo “na esteira do neoconstitucionalismo, - em face da fluidez da fronteira entre política e direito –, ele exsurge como um problema, complexo e perigoso, na medida em que envolve uma recusa dos tribunais de se manterem dentro dos limites estabelecidos” (TRINDADE; OLIVEIRA, 2016, p. 765) na Constituição.

Dito de outro modo: no Brasil, o ativismo resulta de todo ato decisório fundado na vontade do juiz e, portanto, a partir de convicções pessoais, escolhas políticas, argumentos morais, enfim, elementos metajurídicos. É por isso que todo ativismo pressupõe certo grau de solipsismo e, portanto, não pode ser classificado em bom, ou positivo, e mau, ou nocivo. Tudo isso conduz, mais uma vez, ao problema – já presente em Kelsen – da discricionariedade judicial e, conseqüentemente, da diferença existente entre os atos de “escolher” e “decidir”: enquanto o primeiro depende da subjetividade, isto é, das preferências do sujeito, o segundo se dá na intersubjetividade, uma vez que toda decisão é antecipada por algo, que é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como Direito.” (TRINDADE; OLIVEIRA, 2016, p. 765).

De todo modo, tanto a judicialização das políticas públicas quanto o ativismo judicial, apesar das críticas que sobressaem no mundo jurídico, é uma realidade sem perspectivas de mudanças no futuro próximo, em razão das condições políticas e institucionais que vivenciamos até que os Poderes constituídos deem efetiva implementação às Políticas Públicas necessárias à concreção dos direitos individuais, sociais e coletivos.

CONCLUSÃO

Com o retorno do Brasil ao regime democrático a consolidação da democracia com a edição da Constituição Federal de 1988 foi ponto fundamental neste processo. A separação dos Poderes consolida a condição de serem independentes e harmônicos entre si, todavia a mencionada independência está calcada no sistema de freios e contrapesos - *checks and balances*-, garantindo-se a atuação atípica de cada um dos poderes, conforme autorização constitucional.

Todavia, apesar do conceito garantista da nossa Constituição, o Brasil ainda não conseguiu atingir o nível de distribuição de renda necessário a possibilitar o exercício pleno da cidadania e da efetiva concreção dos direitos individuais, sociais e coletivos. A péssima distribuição de renda atrelada a adoção de políticas públicas criticáveis tem levado a sociedade a sofrer as consequências desta crise institucional, econômica e política que vem assolando o país há décadas, mais profundamente nos últimos anos.

A ineficiência estatal é responsável pela omissão governamental e política, cuja salvaguarda do cidadão tem sido a atuação do Poder Judiciário, por meio de suas atuais atividades. Sua atuação vem ganhando cada vez mais importância no cenário político brasileiro, enaltecendo o tema da judicialização das políticas públicas. As decisões do Poder Judiciário têm sido caracterizadas pela sua natureza política, no sentido de impingir a necessária proteção aos direitos fundamentais e sociais ao cidadão, garantindo-lhe usufruir, pelo menos de modo emergencial e pontual, do direito à proteção da vida por meio da assistência à saúde e fornecimento de medicamentos aos doentes, do direito social da educação básica infantil quando determina a matrícula de alunos carentes em escolas públicas e abertura de vagas em creches, tal qual constam do artigo 6º da Constituição.

A judicialização e o ativismo judicial decorrem do mesmo ideário democrático, porém, não têm as mesmas origens e as mesmas causas imediatas. A judicialização decorre do modelo constitucional adotado que concede o direito subjetivo de ação em face de uma pretensão resistida, cabendo ao Judiciário decidir. O ativismo judicial decorre da escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, resultado de uma inação do Legislativo impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

A distribuição de renda é fator de garantia de fruição de uma cidadania digna. Os fatores que determinam a distribuição de renda são complexos e decorrem de inúmeras variáveis econômicas, históricas, sociais e políticas, dentre elas a globalização. O desenvolvimento deve ser estimulado pela luta em adquirir os direitos como também, uma vez adquiridos tais direitos, primar pela usufruição de tais direitos.

O Estado brasileiro tem se mostrado reticente quanto a implementação das políticas públicas para o atingimento dos objetivos traçados pela Constituição. Seja pela omissão, negligência, incapacidade política de dar a solução devida aos problemas nacionais ou ainda pela utilização da cláusula da reserva do possível a sociedade vem sofrendo pela falta de gerenciamento estatal por parte do Poder Executivo e, pelo lado do Poder Legislativo, uma ineficiência em priorizar a

edição de normas que efetivamente conduzam as políticas públicas no sentido de dar efetividade aos direitos sociais.

Daí a importante função do Poder Judiciário por meio da Judicialização das Políticas Públicas e na atuação no Ativismo Judicial, permeando os caminhos que seriam naturais aos Poderes Executivo e Legislativo, todavia, sem que haja, em nosso entender, qualquer interferência na separação montesquiana da separação de poderes

O papel dos governos na implementação das políticas públicas não passa pelos caminhos daqueles que acreditam que os governos apenas realizam as políticas públicas em razão de pressões de grupos de interesses, ou que o Estado opta por políticas definidas exclusivamente pelos que estão no poder ou que sirvam aos interesses de determinadas classes sociais.

A judicialização das políticas públicas tem em sua concepção o significado de que as questões postas para serem conhecidas pelo Poder Judiciário e que tenham grande repercussão política ou social, serão efetivamente decididas pelos seus órgãos em verdadeira substituição das instâncias políticas tradicionais, no caso o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

A atuação do Poder Judiciário não se conduz nas questões de natureza eminentemente política de formação, criação e estabelecimento das políticas públicas e na própria condução do Estado nas esferas administrativa, próprias do executivo, e de produção normativa e fiscalizadora, próprias do Legislativo, sob pena de interferência direta na autonomia dos Poderes constituídos.

O direito fundamental social mais importante é o direito a um mínimo existencial, um direito considerado definitivo e por esta razão tem caráter de uma regra. Neste aspecto é obrigação do Estado garantir o mínimo existencial pela aplicação da precedência da dignidade da pessoa humana sobre as possibilidades financeiras. A ideia do mínimo existencial traz em si as balizas a serem observadas como condições mínimas a para uma existência digna de acordo com os preceitos da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, a teoria da reserva do possível representa os obstáculos para a execução de políticas públicas, inclusive as de efetivação de direitos sociais direitos entendidos como essenciais, considerando-se nesta hipótese as questões relacionadas à lei de responsabilidade fiscal, à disponibilidade de recursos públicos que estão diretamente relacionadas às questões orçamentárias e financeiras do Estado.

O ativismo judicial tem em sua gênese uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Quer isto dizer que o ativismo, bastante presente no cotidiano jurídico brasileiro, é uma forma de sobrepujar a inércia legislativa, exemplificando Barroso o caso da fidelidade partidária, em que o Supremo Tribunal Federal declarou que a vaga no Congresso é do partido e não do candidato; a criação da Súmula Vinculante sobre o nepotismo; no âmbito da saúde, de máxima importância, o caso da distribuição de medicamentos e realização de tratamentos por meio de decisões judiciais estampadas em todo o Brasil por meio das Justiças Estadual e Federal.

Cabe ao Poder Judiciário o atendimento das necessidades sociais quando instado a se pronunciar, especialmente em situações em que a inatividade legislativa é responsável pelo descumprimento ao atender os anseios sociais. No entanto, o ativismo judicial sofre algumas

objeções, face à crescente intervenção judicial na vida brasileira, são elas: os riscos para a legitimidade democrática; o risco de politização indevida da Justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário.

Assim, se a judicialização das políticas públicas decorre do modelo político-jurídico adotado pelo Estado brasileiro, o mesmo não se pode dizer do ativismo judicial, onde se manifesta a vontade política do juiz, o que deve ser considerado com cautela.

De todo modo, tanto a judicialização das políticas públicas quanto o ativismo judicial, apesar das críticas que sobressaem no mundo jurídico, se nos afiguram como fenômenos que deverão persistir na seara jurídico-política na medida em que persistirem as mazelas sociais, as desigualdades sociais, e de igual forma a omissão por parte do legislador e práticas políticas totalmente ineficientes por parte da Administração Pública com vistas a mitigar as desigualdades, a efetivar os direitos sociais e promover a vida em toda a sua pujança, até o dia em que os Poderes constituídos deem efetiva implementação às Políticas Públicas necessárias à concreção dos direitos sociais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais sociais e proporcionalidade. *In*: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 26 jan. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental 47**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 17 de março de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.C7%C3O+DAS+POL%CDTICAS+P%DABLICAS%2A%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hsl23tj>. Acesso em: 28 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 393175**. AgR, Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em: 12 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.RE%2EACMS%2E+ADJ2+393175%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aphd9kd>. Acesso em: 30 jan. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

COUTINHO, Diogo R. **Direito, desigualdade e desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GONÇALVES, Ana Catarina Piffer. Políticas públicas: atividade exclusivamente estatal x participação de empresas privadas. *In*: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito (org.). **Políticas públicas, da previsibilidade a obrigatoriedade**: uma análise do estado social de direitos. Birigui: Boreal, 2011.

GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MOURA AGRA, Walber de. Comentário ao artigo 1º, inciso II. *In*: CANOTILHO, José J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, Almedina, 2013.

OCDE - ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Les inégalités augmentent en Chine**. 2012. Disponível em: http://www.inegalites.fr/spip.php?page=article&id_article=1028. Acesso em 28 jan. 2017.

SANTOS, Milton. **Por uma nova globalização**. Rio de Janeiro: BestBolso, 2011.

SILVA, Juvêncio Borges; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. A judicialização das políticas públicas no Brasil e sua legitimidade como instrumento de efetivação dos direitos sociais e concreção da cidadania. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 23., 2014, João Pessoa. **Anais [...]**. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 76-101. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=374b03a72295954c>. Acesso em: 28 jan. 2017.

SILVA, Rogério Luiz Nery; MASSON, Daiane Garcia. Direitos sociais e dignidade da pessoa humana: reflexões a partir do conceito de mínimo existencial. *In*: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery. **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito (org.). **Políticas públicas, da previsibilidade a obrigatoriedade**: uma análise do Estado Social de direitos. Birigui: Boreal, 2011.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul./dez. 2006.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **O papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade**. 2002. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a_pdf/03_aatr_pp_papel.pdf. Acesso em: 28 jan. 2017.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1992.

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O ativismo judicial na débacle

do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 11, n. 2, p. 751-772, ago. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/22912>. Acesso em: 24 abr. 2019. doi: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369422912>.

Como citar: SOLIMANI, Carlos Henrique; SILVA, Juvencio Borges. A judicialização das políticas públicas e o ativismo judicial como meios de concreção dos direitos individuais, sociais e coletivos. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 1, p. 179-203, abr. 2019. DOI: 10.5433/1980-511X2019v14n1p179. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 29/05/2017.

Aprovado em: 14/01/2019.