

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM  
HELDER CÂMARA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA  
JUSTIÇA II**

**ANDRÉ CORDEIRO LEAL**

**MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA**

**VALESCA RAIZER BORGES MOSCHEN**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização

CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: André Cordeiro Leal, Maria Dos Remédios Fontes Silva, Valesca Raizer Borges Moschen – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-133-3

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetivação da justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

---



# **XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA**

## **PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II**

---

### **Apresentação**

O XXIV Congresso do CONPEDI, realizado em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da UFMG, da Universidade Fumec e da Escola Superior Dom Helder Câmara, ocorreu em Belo Horizonte, Minas Gerais, entre os dias 11 e 14 de novembro de 2015, sob a temática Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade.

O Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II desenvolveu suas atividades no dia 13 de novembro, na sede da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC, e contou com a apresentação de vinte e nove textos que, por seus diferentes enfoques e fundamentos teóricos, oportunizaram acalorados debates acerca dos seus conteúdos.

Como verá o leitor, a pluralidade das abordagens permite conjecturar sobre interfaces entre as diversas concepções de jurisdição e de processo, principalmente quanto ao novo Código de Processo Civil, seus fundamentos, exposição de motivos e desdobramentos. Aliás, os escritos que tratam dessa instigante temática vão dos negócios processuais à admissibilidade recursal, passando pela principiologia constitucional do processo e suas relações com a legitimidade decisória no estado democrático de direito. Há também considerações acerca da cooperação processual, da coisa julgada e da segurança jurídica, da proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, das tutelas de urgência e de evidência e da sumarização da cognição.

Também há, nos textos apresentados, férteis discussões sobre as tensões entre o direito processual tradicional e suas insuficiências, com apresentação das controvérsias sobre aspectos procedimentais na adoção *intuitu personae* e na proteção do meio ambiente, bem como na ação de prestação de contas em face do guardião responsável pela administração dos alimentos. Tratam, ademais, do neoconstitucionalismo e do papel e atividade dos tribunais brasileiros, havendo escritos que, quanto a esse último tema, discorrem sobre a jurisprudência defensiva, sobre o ativismo judicial, sobre a inaplicabilidade do marco civil da internet pelos tribunais e sobre as súmulas vinculantes.

Não obstante a diversidade de temas, o que se colhe dos textos, além da fidelidade temática à proposta do Grupo de Trabalho, é o compromisso inegociável com o enfrentamento dos

problemas que convocam a comunidade jurídica à instigante e inafastável tarefa de teorizar o direito que, por suas bases constitucionais, precisa ser democraticamente pensado e operacionalizado.

Por fim, os coordenadores do GT - Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II agradecem aos autores dos trabalhos pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a elaboração do presente Livro, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos os que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da Pós-graduação, bem como aos cidadãos interessados na referida temática.

Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen - UFES

Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva - UFRN

Prof. Dr. André Cordeiro Leal - FUMEC

Coordenadores do Grupo de Trabalho

**O ATIVISMO JUDICIAL E SEUS EFEITOS PERANTE TERCEIROS**  
**JUDICIAL ACTIVISM AND ITS EFFECTS VIS-À-VIS THIRD PARTIES**

**Carlos Alberto Simões de Tomaz**  
**Samir Vaz Vieira Rocha**

**Resumo**

O ativismo judicial no Brasil tem sido objeto de intensa reflexão nas últimas décadas, tendo representado uma revolução no que tange aos mecanismos de garantia dos direitos sociais. Os operadores do Direito têm percebido a latente necessidade de se abandonar um modelo ultrapassado, que defende a Separação dos Poderes, sem observar o seu real significado e o objetivo final do Estado. A nova tendência é priorizar o efetivo atendimento às normas de direitos fundamentais, ainda que uma determinação judicial seja necessária para suprir a inércia da Administração Pública. Nesse sentido, procura o presente artigo delinear os princípios que fundamentam a participação ativa do Judiciário no processo de realização de políticas públicas, bem como estabelecer os seus limites e analisar as consequências dessa dinâmica para os terceiros que estejam ou não envolvidos com o direito a ser tutelado.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais sociais, Ativismo judicial, Efeitos horizontais

**Abstract/Resumen/Résumé**

The judicial activism in Brazil has been the subject of intense reflection in recent decades, representing a revolution in order to guarantee social rights resources. The law professionals have realized the latent need to abandon an outdated model, which protects the Separation of Powers, without noticing its real meaning and the ultimate goal of the state. The new trend is to prioritize the effective compliance with fundamental rights standards, although a court order is required to supply the inertia of Public Administration. In this sense, this article seeks to outline the principles that underlie the active participation of the judiciary in the process of implementation of public policies and establish its limits and analyze the consequences of this dynamic for third parties who are or not involved with the right to be sheltered.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Fundamental social rights, Judicial activism, Horizontal effects

## INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é classificada pela doutrina pátria como uma Constituição programática ou dirigente, pois institui normas definidoras de tarefas e programas que devem ser concretizados pelo poder público. Assim, ao estabelecer os objetivos fundamentais da República, em seu art. 3º, por exemplo, a Carta Magna traça o caminho a ser trilhado pela Administração Pública, cabendo aos seus órgãos promover todos os atos no sentido de executar tais disposições.

Importante destacar, nesse mesmo sentido, que o agente político não possui discricionariedade para agir da forma que bem entender, no exercício de sua função. Em razão do princípio da legalidade administrativa, ele está vinculado à norma jurídica, devendo agir estritamente em conformidade com aquilo que a lei permitir.

Apesar desse caráter programático da Constituição, inúmeras determinações nela elencadas diuturnamente deixam de ser observadas pelo responsável pela sua execução. Desta maneira, vezes por impossibilidade financeira ou fática, vezes por simples falta de gestão ou interesse político, o gestor público deixa de cumprir as normas constitucionais que lhe impõem determinados deveres inerentes ao exercício do seu cargo.

Nessas situações de omissão do órgão ou do agente público, fica evidente a necessidade de se criarem instrumentos hábeis para garantir o cumprimento dos direitos constitucionalmente assegurados ao cidadão, compelindo a execução desses atos pelo gestor, ainda que esta não seja sua intenção inicial.

Por meio do ativismo judicial, instrumento utilizado de maneira cada vez mais comum nos dias atuais, o Judiciário atua com o objetivo de suprir a inércia do Executivo, garantindo assim a realização de políticas públicas e, conseqüentemente, a efetivação de direitos fundamentais.

Ocorre que as normas de direitos fundamentais influenciam não só na relação entre Estado e cidadãos, mas também na relação entre os próprios cidadãos. Assim, ao promover ativismo judicial, o magistrado que inicialmente pretende garantir um direito a um sujeito, em determinadas situações, acaba prejudicando os demais.

As discussões acerca dos efeitos do ativismo judicial perante terceiros devem levar em conta que a concessão de determinado direito a um particular, em alguns casos, será custeada pela coletividade. É possível citar o exemplo de um município com orçamento

limitado que é obrigado, por determinação judicial, a custear um tratamento médico de valores expressivos.

Essas decisões, ainda que tenham o claro objetivo de concretizar o direito social à saúde, por via oblíqua prejudicaria todos os outros cidadãos. Isto porque o município teria que restringir suas ações em favor de todos os cidadãos para atender ao anseio de um deles em particular. Nesses casos, as decisões individuais poderiam inviabilizar o convívio em grupo, gerando o denominado efeito reflexo.

Como se percebe, houve uma grande preocupação do legislador constituinte com relação aos direitos fundamentais sociais. A Constituição da República Federativa do Brasil adotou um caráter eminentemente protetivo, instituindo inclusive instrumentos próprios para a proteção de interesses metaindividuais. No entanto, a Carta Magna não apresenta, pelo menos expressamente, qualquer limitação a esses direitos, deixando vaga a instituição do ponto a partir do qual o Judiciário estaria ferindo a cláusula de reserva do possível ou até mesmo o princípio da separação dos Poderes.

Tendo em vista as incertezas delineadas, o presente artigo tem por objetivo estabelecer o limite entre a inafastabilidade da tutela jurisdicional e a independência dos Poderes, traçar as circunstâncias em que a administração pública pode alegar a cláusula de reserva do possível, apontar os mecanismos de proteção dos interesses coletivos e, em última análise, esclarecer se o Judiciário possui legitimidade para ordenar a execução e cumprimento de direitos sociais diante da omissão do Executivo, analisando ainda os seus efeitos perante terceiros.

A fim de cumprir a proposta do trabalho, adotou-se a pesquisa teórica, baseada na coleta e revisão de artigos, obras jurídicas e demais materiais bibliográficos relacionados à temática apresentada. Desta forma, inicialmente foi feita a coleção de teorias, conceitos e ideias a respeito do tema. Em seguida, foi realizado o estudo comparativo de diferentes enfoques e, por fim, a análise crítica e direcionamento do ponto de vista mais idôneo, através do método teórico dedutivo bibliográfico.

## **OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO**

Nos primórdios da existência humana, o homem desfrutava de liberdade plena e ilimitada. Fosse na conquista de novo território ou na garantia do alimento diário, vigia a regra do mais forte sobre o mais fraco. Não havia limites impostos sobre os atos do ser humano. No entanto, essa liberdade plena acabava ferindo a liberdade dos demais. O conflito

entre as liberdades dos homens gerava guerras, lutas, batalhas, mortes e a ausência de qualquer direito.

Percebeu-se, então, que seria necessário um controle para que a sociedade pudesse subsistir: “A guerra latente no estado de natureza só termina com a instituição do Estado e de seu soberano, momento histórico em que os homens renunciam parte de seus direitos em relação a este, que os exerce em nome dos governados.” (QUEIROZ, 2004, p. 34).

Consagra-se então o que Thomas Hobbes e outros filósofos denominam de contrato social. O Estado passou a instituir regras, determinando assim deveres e obrigações aos indivíduos. O homem abre mão de parte da sua liberdade a fim de que o Estado lhe assegure determinados direitos.

Ocorre que a atribuição de poder ao Estado acaba gerando outro problema: a ascensão dos governos autoritários. O representante do Estado investe-se de um amplo poder em relação aos demais cidadãos, pois passa a ter a capacidade de restringir condutas, instituir mandamentos, cobrar impostos, julgar atos, enfim, ditar a vida da sociedade a ele vinculada.

Considerando que o poder da autoridade estatal também não poderia ser ilimitado, os direitos fundamentais surgiram com vistas a restringir a atuação estatal, exigindo uma abstenção deste em favor da liberdade individual. De acordo com Ferrajoli, são fundamentais “todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados do status de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir.” (FERRAJOLI, 2011, p. 09)

Tendo como marco inicial simbólico a Carta Magna inglesa de 1.215, os direitos fundamentais integram aqueles direitos irredutíveis e essenciais em um Estado democrático de direito, como esclarece Sarlet:

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo. (SARLET, 2009, p.61)

A classificação tradicional das gerações ou dimensões de direitos fundamentais leva em conta o momento de seu surgimento e reconhecimento constitucional. Aliás, hoje



tem-se optado por utilizar preferencialmente o termo dimensões a gerações, tendo em vista a natureza desses direitos.

Critica-se a précompreensão que lhes é subjacente, pois ela sugere a perda de relevância e até a substituição dos direitos das primeiras gerações. A ideia de generatividade geracional também não é totalmente correcta: os direitos são de todas as gerações. Em terceiro lugar, não se trata apenas de direitos com um suporte colectivo – o direito dos povos, o direito da humanidade. Nesse sentido se fala de *solidarityrights*, de direitos de solidariedade, sendo certo que a solidariedade já era uma dimensão “indimensionável” dos direitos económicos, sociais e culturais. Precisamente por isso, preferem hoje os autores falar em três dimensões de direitos do homem e não de “três gerações”. (CANOTILHO, 2003, p. 386-387)

Esta classificação estabelece como direitos de primeira dimensão os direitos civis e políticos, que surgiram no fim do século XVIII e se voltaram para a liberdade do homem individualmente considerado.

Ocorre que a simples abstenção do Estado promoveu a mera igualdade formal, tratando todos os indivíduos como se estivessem na mesma situação. Observou-se então que esse tratamento inerte do Estado não seria suficiente. Além disso, seria necessário levar em conta os vários aspectos sociais, económicos e culturais que tornam os indivíduos singularmente diferentes. Surge aí a ideia da igualdade substancial ou material.

Desta maneira, no século XX, os direitos fundamentais passaram a ter uma feição positiva, pois passaram a exigir uma atuação do Estado em favor do indivíduo. Nesse contexto, da denominada segunda dimensão de direitos fundamentais, acentua-se o princípio da igualdade material ou da isonomia, como bem se nota nas palavras de Paulo Bonavides:

Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos de primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e económicos bem como os direitos colectivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula. (BONAVIDES, 2010, p. 564)

A terceira dimensão de direitos fundamentais, por sua vez, prioriza a solidariedade e a fraternidade. Está intimamente ligada aos direitos dos povos, ou seja, os direitos difusos e colectivos. Nessa categoria incluem-se o direito à paz, à defesa do consumidor, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e muitos outros.

Muito se discute ainda a respeito da possível existência de uma quarta, ou até mesmo quinta dimensão de direitos fundamentais. Para Lorenzetti, por exemplo, a quarta dimensão de direitos fundamentais trata do direito de ser diferente, partindo da ideia de que deve-se procurar mais do que igualar as pessoas:

Há outros direitos que surgem de um processo de diferenciação de um indivíduo em relação a outros. Trata-se de questões como o direito à homossexualidade, à mudança de sexo, a rechaçar os tratamentos médicos que são de alto risco. São derivações da liberdade, aplicada a um campo em que tradicionalmente reinou o público, o homogêneo, e que se considerou vital para o funcionamento social. (LORENZETTI, 2010. p. 265)

Apesar dessa acepção, as três dimensões de direitos fundamentais já abordadas constituem a classificação majoritariamente e tradicionalmente adotada.

Como se vê, a administração pública assume cumulativamente, a cada nova dimensão de direitos fundamentais, mais deveres e obrigações em relação aos cidadãos. O Estado abandona a sua posição de inércia e passa a ser gradativamente um verdadeiro agente garantidor de direitos individuais e coletivos.

Seguindo esse mesmo rumo, a Constituição da República Federativa do Brasil enumerou uma série de direitos e garantias fundamentais, dedicando inclusive o seu Título II exclusivamente para este fim. O caput do art. 6º, por exemplo, elenca como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Não é à toa que a referida Carta Política, promulgada em 1988, ganhou a alcunha de “Constituição Cidadã”, pois abandona o autoritarismo típico do regime militar para adotar, em seu lugar, uma postura mais voltada para a democracia, a igualdade e a proteção do indivíduo.

Além disso, a Constituição hodierna abarca também um número considerável de normas programáticas, ou seja, dispositivos que elencam programas e diretrizes para a atuação futura do Estado, com vistas a realizar seus fins sociais. O legislador constituinte, portanto, traçou os caminhos a serem seguidos pela democracia que se erguia naquele momento.

O Estado brasileiro atual implementa diversas ações e políticas no sentido de fazer cumprir os direitos sociais previstos em sua Lei Maior. É o caso do Programa Bolsa Família, que realiza a transferência direta de renda em benefício de famílias que se encontram em

situação de pobreza extrema, e o sistema de cotas raciais das instituições públicas de ensino, que busca amenizar desigualdades sociais, econômicas e educacionais entre raças.

Não se pretende, aqui, discutir a efetividade desses programas, pois se sabe que os mesmos apresentam falhas. Porém, apesar das críticas comumente a eles direcionadas, é importante ter em mente que tratam-se de condutas governamentais necessárias, ainda que transitoriamente, a fim de se buscar a igualdade material entre os membros de uma sociedade.

## **O ATIVISMO JUDICIAL**

Apesar dos inúmeros direitos fundamentais inseridos na Constituição, nem sempre esses ditames são de fato cumpridos. Em diversas ocasiões, determinados direitos sociais são ignorados pelo próprio Estado que, por impossibilidade fática ou simplesmente por inércia, nega a satisfação dessa garantia ou permanece omissivo.

Esse é um problema típico das Constituições analíticas. Pelo critério da extensão e finalidade, a doutrina classifica como analíticas ou dirigentes as constituições que regulamentam não só os princípios e normas gerais do Estado, mas todos os assuntos que entendam relevantes à sua formação, funcionamento e destinação.

A respeito dessa espécie de constituição, Lorenzetti destaca sua desvantagem, asseverando o seguinte: “A crítica que pode ser feita é que seu excesso nos detalhes é contraproducente: ou imobiliza o desenvolvimento social ou se torna inaplicável.” (LORENZETTI, 2010, p. 81)

No entanto, o objetivo do legislador constituinte de 1988, ao debruçar-se sobre tantos detalhes, foi justamente de garantir ao máximo a proteção do cidadão. Assim, o atual texto constitucional brasileiro não só estabelece direitos em favor dos cidadãos, mas também determina a efetiva atuação do Estado para a garantia e efetividade desses direitos.

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – , não só a vontade do poder (WillezurMacht), mas também a vontade de Constituição (WillezurVerfassung). (HESSE, 1991, p. 19)

É a partir dessa dinâmica que surge a figura do ativismo judicial. De posse desses mecanismos, o cidadão, sentindo-se lesado pela inércia do Estado, tem a oportunidade de buscar o amparo do Judiciário, que é institucionalmente responsável por dizer o direito, ou seja, interpretar as leis conforme o caso concreto. Amparado no princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, o jurisdicionado, individualmente ou coletivamente, apresenta sua lesão a direito, para que possa ser reparada.

No entanto, o magistrado se depara com outro princípio constitucional: o da separação dos poderes. Aristóteles, John Locke e Montesquieu discorreram sabiamente sobre a necessidade de se distinguir três funções estatais autônomas: legislação, administração e jurisdição. Em seu art. 2º, a Carta Política brasileira adotou esse sistema, por entendê-lo o mais democrático:

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado e da Instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito. (MORAES, 2009, p. 407)

Assim, na hipótese abordada, a decisão judicial que desse provimento à pretensão do indivíduo em face do Estado poderia ser examinada sob dois aspectos. Por um lado, estaria garantindo ao cidadão o pleno exercício dos seus direitos sociais, exercendo o denominado ativismo judicial. Por outro, estaria ferindo a harmonia entre os Poderes, uma vez que promoveria determinações opostas ao comportamento adotado pela administração pública.

Trata-se de um conflito de paradigmas, que Lorenzetti delinea com precisão:

Quando um juiz toma uma decisão de tutelar um direito e se despreocupa em relação aos custos econômico-sociais, o paradigma protetivo entra em colisão com o consequencialista. Inversamente, quem se preocupa só com as consequências pode ser partidário de direitos declarativos sem eficácia. (LORENZETTI, 2010, p. 228)

Como se vê, o estudo do ativismo judicial, atrelado aos contrapostos princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação dos poderes, propõe uma intensa busca sobre os dispositivos constitucionais que devem ser aplicados simultaneamente, realizando-se uma ponderação comedida.

As discussões acerca dos limites do ativismo judicial devem ainda levar em conta que a concessão de determinado direito a um particular, em alguns casos, será custeada pela coletividade. Têm se tornado comuns decisões judiciais que determinam à municipalidade o custeio de tratamentos médicos de valores expressivos, sem se importar com o reflexo dessa ação sobre o orçamento do município.

Essas determinações judiciais, apesar de representarem um passo importante para a concretização do direito social à saúde, invariavelmente pode prejudicar a coletividade, considerando que o município teria que restringir suas ações previamente planejadas em favor de todos os cidadãos para atender a uma só pessoa.

A partir dessa dificuldade orçamentária, surge ainda outro argumento utilizado pela fazenda pública em desfavor do ativismo judicial. Ao invocar a reserva do possível, os entes administrativos alegam a insuficiência de recursos orçamentários para cumprir determinações judiciais, diante da ausência de previsão para tal. Afinal, eles trabalham com uma verba limitada para atender a uma gama de necessidades públicas.

Entretanto, mesmo considerando todos esses aspectos, têm os tribunais pátrios entendido que o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário não fere o princípio da separação dos Poderes. Pelo contrário, eles indicam que esta é uma medida necessária para a observância dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Através do RE 271.286 e do AgRg 271.286, o Supremo Tribunal Federal declarou o dever da Administração Pública de fornecer medicação a portadores de vírus HIV, usando como fundamento o direito à saúde inscrito no art. 196 da Constituição Federal. Outras decisões, tanto do próprio STF como de outros tribunais pátrios, têm seguido esse mesmo entendimento, fazendo do ativismo judicial uma prática cada vez mais recorrente.

A atuação do Judiciário, no entanto, deve obedecer a algumas premissas, que Ada Pellegrini sintetiza da seguinte maneira:

Resumindo, percebe-se que a posição do STF, manifestada por um de seus mais sensíveis Ministros, é a de que são necessários alguns requisitos, para que o Judiciário intervenha no controle de políticas públicas, até como imperativo ético-jurídico: (1) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; (2) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e (3) a existência de disponibilidade-financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. (GRINOVER, 2010, p. 06)

Em síntese, a atuação judicial que determina o cumprimento de políticas públicas por parte da própria Administração é conduta atualmente legítima, não ferindo o princípio da separação dos Poderes, bastando para isso a observância dos requisitos acima mencionados.

## **OS MECANISMOS DE ATIVISMO JUDICIAL**

Estabelecidos os direitos inerentes a todos os cidadãos, é imperioso que se fixem também os instrumentos de garantia desses direitos. Assim, faz-se necessário buscar um meio para constranger o Estado e seus agentes a cumprir a determinação judicial para o caso concreto. Desta forma, estabelecem-se as seguintes ações e sanções:

Para fazer face ao descumprimento da ordem ou decisão judicial pelo Poder Público, sem embargo da aplicação de astreintes – pouco adequadas quando se trata da Fazenda Pública -, as sanções mais eficazes são a responsabilização por improbidade administrativa e a intervenção federal ou estadual no Estado ou Município; e, em âmbito mais limitado, a imputação ao Prefeito Municipal de crime de responsabilidade. (GRINOVER, 2010, p. 20)

No que tange à via processual adequada para se atingir esses objetivos, importante dizer que tanto as ações coletivas, como as individuais com efeitos coletivos ou as meramente individuais são adequadas para promover o ativismo judicial.

Entretanto, em determinados casos, as ações individuais não se mostram suficientes para a garantia de direitos. Isto porque os direitos sociais, caracterizados pela necessidade de atuação estatal, na maioria das vezes são também considerados direitos metaindividuais, pois atingem uma coletividade, um grupo.

O direito deve reconhecer a possibilidade de tutela a situações da vida que devam merecer sua atenção, dentro das exigências do contexto social, e independentemente da delimitação em trilhos rígidos e em modalidades pré-concebidas, que são insuficientes para fazer frente à dinâmica da existência humana e social. Pouco importa o nome que se dê ao remédio, mas sim o efeito que ele venha a produzir, servindo ao seu fim de curar os males para os quais foi criado. (LEONEL, 2002, p. 88)

O Código de Processo Civil de 1973 preocupou-se, em sua estrutura como um todo, com a tutela dos direitos individuais pelo próprio lesado. Assim, em seu art. 6º, estabeleceu que ninguém poderá, em nome próprio, pleitear direito alheio, salvo quando a lei autorizar. Não houve, portanto, previsão expressa para a tutela dos direitos metaindividuais.

No entanto, diversas foram as inovações legislativas posteriores à edição do diploma processual civil que transformaram esse panorama, indicando uma maior preocupação com a proteção dos interesses coletivos.

A Constituição da República impulsionou uma revolução no que tange à tutela dos direitos transindividuais, estabelecendo, entre outros, o direito ao meio ambiente sadio, a proteção do patrimônio cultural, da probidade administrativa e do consumidor.

No plano infraconstitucional, a Lei da Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e alterações no próprio Código de Processo Civil são exemplos de uma verdadeira reforma no sistema.

Nessa toada, percebe-se que o ativismo judicial está intimamente atrelado à figura do processo coletivo, haja vista que sua atuação é consequência do efetivo acesso à justiça por parte das pessoas ou grupos lesados.

Os poderes do juiz são ampliados sobremaneira (trata-se de *definingfunction* das *classactions* norte americanas), exercendo ele o controle não só da legitimidade mas também da representatividade adequada, decidindo sobre outros requisitos necessários à propositura da demanda coletiva e podendo reunir e desmembrar ações coletivas, assim como certifica-las como tais *etc.* (GRINOVER, 2009, p. 141)

O Novo Código de Processo Civil, publicado em 16 de março de 2015, e previsto para entrar em vigor um ano após sua publicação, foi inovador em relação ao diploma anterior. Em seu artigo 139, inciso X, dispõe que, quando o juiz se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, deverá oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública ou outros legitimados para, se for o caso, promovam a propositura da ação coletiva respectiva.

O respectivo projeto de lei apresentava ainda a previsão do incidente de conversão de ação individual em ação coletiva. Entretanto, esse dispositivo foi vetado, sob o argumento de que, “da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes”. Em suas razões, a Presidente arguiu ainda que “o tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto”, e que “o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas”.

Como se pode perceber, a implementação desses mecanismos nos textos legais tem sido cada vez mais recorrente, demonstrando-se, mais uma vez, que as ações coletivas são um rico instrumento para a concretização dos direitos fundamentais sociais através do ativismo judicial.

## **A FUNDAMENTALIDADE DAS NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS**

As normas de direitos fundamentais podem ser vistas como um dos principais objetos do ativismo judicial, haja vista que elas possuem um papel central na Constituição Federal e no sistema jurídico como um todo. Nesse contexto, o eminente filósofo do Direito Robert Alexy defende que essas normas possuem tanto uma fundamentalidade formal como substancial.

Por um lado, é possível dizer que as normas de direitos fundamentais possuem fundamentalidade formal pelo fato de estarem no topo da estrutura escalonada do ordenamento jurídico. Trata-se de correspondência com a teoria desenvolvida por Hans Kelsen, em sua obra “Teoria Pura do Direito”, na qual discorre sobre a hierarquia das normas.

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. (KELSEN, 1987, p. 240)

Importante destacar que essa estrutura vincula as três funções do poder. Em outras palavras, o escalonamento das normas deve ser observado não só pelo Judiciário, ao julgar a norma no caso concreto, como também pelo Legislativo, no momento da criação da norma, e pelo Executivo, no momento de sua execução.

A fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais é perceptível tanto em um modelo constitucional puramente procedimental como em um modelo puramente material.

Um modelo constitucional procedimental é caracterizado por Constituições que possuam apenas normas de organização, de modo que toda lei que observe os procedimentos da Constituição será considerado direito positivo. Assim, o conteúdo das leis é definido pela vontade do legislador. Desta maneira, os direitos fundamentais não teriam força vinculante em face do legislador.

Em contraposição, o modelo constitucional puramente material enquadra-se nas hipóteses em que a Constituição possui apenas normas materiais, das quais se deriva qualquer



outra norma do ordenamento, no plano infraconstitucional. Nesse modelo, a tarefa do legislador limita-se à declaração daquilo que já era devido em decorrência da própria Constituição, por meio das normas de direitos fundamentais.

Analisando esses aspectos, é possível afirmar que a Constituição da República Federativa do Brasil possui natureza mista. Em outras palavras, ela adota tanto um modelo procedimental como material.

O aspecto procedimental da Constituição brasileira é detectado nos dispositivos que estabelecem o processo legislativo, pois eles determinam a forma e o conjunto de atos necessários para a elaboração de leis de forma democrática no país. De outra banda, o aspecto material é compreendido através da análise dos próprios direitos fundamentais.

Por outro lado, as normas de direitos fundamentais também possuem uma fundamentalidade substancial. Isto porque, por meio dos direitos fundamentais, são tomadas as decisões acerca da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. Assim, se os direitos fundamentais possuem pouco conteúdo, muito se delega ao legislador.

Nesse contexto, impende fazer a distinção entre as Constituições sintéticas e analíticas.

Sintéticas seriam aquelas enxutas, veiculadoras apenas dos princípios fundamentais e estruturais do Estado. Não descem às minúcias, motivo pelo qual são mais duradouras, na medida em que os seus princípios estruturais são interpretados e adequados aos novos anseios pela atividade da Suprema Corte. O exemplo lembrado é a Constituição americana, que está em vigor há mais de 200 anos (é claro, com emendas e interpretações feitas pela Suprema Corte).

(...)

Analíticas, por outro lado, são aquelas que abordam todos os assuntos que os representantes do povo entenderem fundamentais. Normalmente descem a minúcias, estabelecendo regras que deveriam estar em leis infraconstitucionais, como, conforme já mencionamos, o art. 242, § 2º, da CF/88, que dispõe que o Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal. Assim, o clássico exemplo é a brasileira de 1988. (LENZA, 2014, p. 99-100)

Daí, pode-se deduzir que a Constituição norte americana, por exemplo, que possui apenas sete artigos e sofreu somente 27 emendas ao longo dos seus mais de 220 anos de existência, caracteriza-se como uma Constituição sintética. Por essa razão, muito se delegou ao legislador. Por outro lado, a atual Constituição brasileira, que possui originalmente 250 artigos, e sofreu 88 emendas constitucionais em apenas 27 anos de existência, é considerada uma Constituição analítica, razão pela qual menos delegou ao legislador.

## **OS EFEITOS DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PERANTE TERCEIROS**

O sistema jurídico pode ser analisado sob duas perspectivas: como um sistema de normas, que se relacionam entre si, ou como um sistema de posições e relações jurídicas. Essas perspectivas são correspondentes, já que às posições e relações jurídicas sempre correspondem normas que as fundamentam.

Adotando a segunda perspectiva, percebe-se que as normas de direitos fundamentais influenciam não só na relação entre Estado e cidadãos, mas também na relação entre os cidadãos. Trata-se do chamado efeito horizontal das normas de direitos fundamentais.

O art. 5º, inciso XI da Constituição Federal, por exemplo, ao instituir o direito à inviolabilidade de domicílio, por via oblíqua estabelece uma abstenção do Estado, e também de terceiros, para que não violem domicílio alheio. Da mesma forma, considerando a liberdade de manifestação de pensamento, pode-se afirmar que esse princípio objetivo tem como conteúdo o dever *prima facie* do Estado e de outros sujeitos de se abster de intervir nas manifestações de pensamento.

Nesse sentido, Alexy menciona a tese da irradiação, segundo a qual “normas de direitos fundamentais possuem não só direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, mas também uma ordem objetiva de valores para todos os ramos do Direito, e diretrizes e impulsos para a Legislação, a Administração e a jurisprudência” (ALEXY, 2008, p. 524-525).

A distinção feita por Alexy refere-se ao fato de que relação Estado / cidadão ocorre entre um titular de direitos fundamentais e um não titular, enquanto que a relação cidadão / cidadão ocorre entre titulares de direitos fundamentais. Com isso em mente, são elaboradas três teorias acerca da construção dos efeitos das normas de direitos fundamentais perante terceiros.

Segundo a teoria de efeitos indiretos, os direitos fundamentais, enquanto princípios objetivos, influenciam na interpretação do direito privado, e o seu destinatário é o juiz.

Para a teoria dos efeitos diretos, os direitos fundamentais, enquanto direitos objetivos, dirigem-se somente contra o Estado, porém produzem efeitos na relação cidadão / cidadão por outra razão: deles, fluem direitos subjetivos privados para os indivíduos. Assim, os direitos fundamentais devem ter um efeito absoluto. Nesse caso, o destinatário também é o juiz.

Por fim, a teoria dos efeitos mediatos afirma que os efeitos na relação cidadão / cidadão são consequência da vinculação do Estado aos direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos. Assim, uma violação cometida pelo particular seria considerada intervenção estatal. Nesse caso os destinatários seriam o legislador e o juiz.

Em todos os casos, há uma equivalência no resultado quanto ao Judiciário, e admite-se que na relação cidadão / cidadão os dois lados são titulares de direitos fundamentais, observando-se a questão do sopesamento. Assim, direitos fundamentais podem ceder totalmente ou em grande medida.

Nenhuma das três teorias parece ser adequada como solução completa. Alexy propõe um modelo composto por três níveis: o do dever estatal, correspondente à teoria dos efeitos indiretos; o dos direitos em face do Estado, correspondente à teoria dos efeitos mediatos; e o das relações jurídicas entre os sujeitos privados, correspondente à teoria dos efeitos diretos.

## **CONCLUSÃO**

Não há dúvidas de que o legislador constituinte consagrou o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional como um preceito indispensável ao ordenamento jurídico brasileiro. Certo é também que os direitos fundamentais devem ser satisfeitos tanto pelo Estado como pelos próprios cidadãos. Os questionamentos, no entanto, surgem ante a observância da reserva do possível, da separação dos poderes, e de outros aspectos que não podem ser desprezados.

A maneira como as decisões colegiadas têm tratado o assunto permite a percepção de que o ativismo judicial não fere o princípio da separação dos Poderes, e que a simples alegação da “reserva do possível” não é suficiente para afastar a obrigação do Estado de efetivamente cumprir os direitos sociais instituídos na Constituição, justamente em razão do seu caráter programático.

O efeito horizontal das normas de direitos fundamentais é uma espécie de efeito colateral necessário para a efetivação dos direitos fundamentais. Não é possível assegurar o completo cumprimento das normas constitucionais a um cidadão sem que essa ação produza efeitos, ainda que restritivos, aos demais cidadãos.

O ativismo judicial, ao tutelar o cumprimento de um direito fundamental a um cidadão, como o fornecimento de um medicamento pela Administração Municipal, por

exemplo, automaticamente deixa de promover ações coletivas com aquela verba. No entanto, esse efeito horizontal não torna ilegítima a ação do Judiciário.

O cidadão somente terá os direitos fundamentais sociais fielmente observados quando o Judiciário for capaz de atender às necessidades básicas do indivíduo, como saúde, educação e segurança. Afinal, a concretização dos direitos sociais depende do convívio harmônico entre as funções estatais, no sentido de buscar o pleno cumprimento da justiça, da igualdade e dos preceitos da Constituição da República Federativa do Brasil.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 13 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em: 14 ago. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e bens fundamentais**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

GRINOVER, Ada Pelegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Martins Fontes, São Paulo, 1987.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Tradução de Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 24. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. **Resumo de Direitos Humanos e da Cidadania**. São Paulo: PaulistanajurLtda, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.