

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

ACESSO À JUSTIÇA II

JUVÊNIO BORGES SILVA

LUIZ FERNANDO BELLINETTI

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

A174

Acesso à justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Juvêncio Borges Silva; Luiz Fernando Bellinetti – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-057-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

ACESSO À JUSTIÇA II

Apresentação

O presente volume é decorrente dos artigos apresentados no Grupo de Trabalho (GT) Acesso à Justiça II durante o I Encontro Virtual do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito), realizado pela primeira vez nessa modalidade, no período de 23 a 30 de junho de 2020. Pioneiro, ficará marcado indelevelmente na história do Conpedi e da pós-graduação brasileira.

O Congresso teve como base a temática inicial “CONSTITUIÇÃO, CIDADES E CRISE”, fortemente influenciada pela pandemia da Covid19 que afeta o mundo desde o início do ano.

Os trabalhos apresentados guardam relação com o tema básico do Grupo de Trabalho, o que demonstra a adequada seleção dos artigos, circunstância que favoreceu sobremaneira os debates no momento das discussões.

Decorrentes de pesquisas realizadas em diferentes instituições nacionais, foram apresentados neste Grupo de Trabalho 16 (dezesesseis) artigos vinculados à temática do acesso à Justiça.

Os textos foram divididos em três blocos buscando reunir afinidades maiores.

O primeiro é composto por textos que tratam da temática do ativismo judicial, em várias perspectivas, bem como de situações que envolvem a administração do acesso à Justiça, incluindo seis artigos: (1) “O ATIVISMO JUDICIAL E O DIREITO BRASILEIRO”; (2) “ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO DO REGISTRO CIVIL: ALTERAÇÃO DE NOME E GÊNERO”; (3) “O DIREITO SISTÊMICO E AS REDES DE APOIO: INTERSEÇÕES COMPLEMENTARES COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA”; (4) “O (DES) CAMINHO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELAS VIAS DO PODER JUDICIÁRIO: A CONSEQUÊNCIA DA JUDICIALIZAÇÃO”; (5) “CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ): UMA ANÁLISE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E INTRAFAMILIAR CONTRA A MULHER NO BRASIL, EM MEIO A PANDEMIA DA COVID-19” e (6) “ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIGITAL E O ACESSO À JUSTIÇA: A SIMBIOSE ENTRE O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, O PROCESSO ADMINISTRATIVO ELETRÔNICO E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL”.

O segundo bloco reuniu trabalhos tratando de acesso à justiça através de soluções consensuais e extrajudiciais, contendo cinco artigos: (7) “A AUTOCOMPOSIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL”; (8) “MÉTODOS ALTERNATIVOS E GESTÃO DE CONFLITOS: DA MOROSIDADE À EFETIVIDADE”; (9) “ACESSO À JUSTIÇA: MEDIAÇÃO DE CONFLITO E A IMPORTÂNCIA DAS OFICINAS DE PARENTALIDADE ANTERIOR À DISSOLUÇÃO CONJUGAL”; (10) “O ACESSO À JUSTIÇA ATRAVÉS DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS”; (11) “DIREITO À MORTE DIGNA: AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE (DAV) COMO MÉTODO PREVENTIVO DE CONFLITOS”.

Finalmente, o terceiro bloco trouxe cinco artigos versando sobre acesso à justiça nas searas trabalhista e criminal: (12) “O PANORAMA DOS DIREITOS HUMANOS NO ACESSO À JUSTIÇA PELA VIA DOS DIREITOS SOCIAIS: A JUSTIÇA RESTAURATIVA TRABALHISTA UMA REALIDADE POSSÍVEL?”; (13) “HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO, ALTERAÇÕES DA LEI N. 13.467 /2017”; (14) “DO INDIVIDUAL AO COLETIVO: AS ATUAÇÕES DE SINDICATOS E MPT FRENTE À FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS”; (15) “ACESSO À JUSTIÇA COMO MEIO FUNDAMENTAL AOS POVOS AMAZÔNIDAS (EM ESPECIAL OS SERINGUEIROS, RIBEIRINHOS, CASTANHEIROS E INDÍGENAS) ATRAVÉS DOS JUIZADOS ITINERANTES FEDERAIS NO ESTADO DO ACRE”; (16) “REFLEXÕES ACERCA DA LEI MARIA DA PENHA E DA (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA POR POLICIAIS”.

A grande amplitude dos debates e das questões objeto de discussão no GT demonstraram a importância dos temas apresentados por todos os pesquisadores e pesquisadoras desse grupo. Pela primeira vez reunidos pelo CONPEDI num Congresso em ambiente virtual, pesquisadores de todo o Brasil aprofundaram os estudos sobre o acesso à justiça em nosso país, apresentando o resultado de seu fecundo e profícuo trabalho. Gostaríamos que a leitura desses trabalhos pudesse reproduzir, ainda que em parte, a satisfação que foi para nós coordenar este Grupo, momento singular de aprendizado e discussão sobre o tema.

Desta forma, é com orgulho que apresentamos a toda sociedade jurídica a presente obra, que certamente será um importante contributo para a pesquisa jurídica nacional.

Coordenadores:

Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva – Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti – UEL

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Acesso à Justiça II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Cidadania e Acesso à Justiça. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O ATIVISMO JUDICIAL E O DIREITO BRASILEIRO

JUDICIAL ACTIVISM AND BRAZILIAN LAW

Fernanda Rodrigues Pires De Moraes

Leonardo Pereira Martins

Resumo

O artigo chama a atenção para “Ativismo Judicial”, estudo que será realizado por meio da análise dos diversos dispositivos constitucionais, da legislação E da teoria constitucional contemporânea. Será investigado, portanto, se o ativismo judicial em desenvolvimento no Brasil decorre do nosso ordenamento jurídico e quais são seus limites, para isso serão examinadas as prescrições constitucionais e a evolução da teoria constitucional nas últimas décadas.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Políticas públicas, Constituição, Direitos

Abstract/Resumen/Résumé

The article calls attention to “Judicial Activism”, a study that will be carried out by analyzing the various constitutional provisions, legislation AND contemporary constitutional theory. It will be investigated, therefore, if the judicial activism under development in Brazil stems from our legal system and what are its limits, for that we will examine the constitutional requirements and the evolution of constitutional theory in recent decades.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial activism, Public policy, Constitution, Rights

INTRODUÇÃO

O estudo do Tema “Ativismo Judicial e o Direito Brasileiro” será realizado por meio da análise dos diversos dispositivos constitucionais, da legislação, da teoria constitucional contemporânea e da Análise Econômica do Direito. Será investigado se o ativismo judicial no Brasil decorre do nosso ordenamento jurídico e quais são seus limites, para isso serão examinadas as prescrições constitucionais e a evolução da teoria constitucional nas últimas décadas.

O tema foi escolhido diante da inquietação em face da inefetividade dos direitos fundamentais expressos na Magna Carta, em razão da falta de atuação do Poder Executivo, dando àquele documento jurídico superior um caráter de mero enunciador de dispositivos inócuos, desconexos da realidade e das necessidades sociais. Tal ausência de atuação, no entanto, não tem impedido a jurisprudência, com amparo nos princípios constitucionais e normas gerais, em alguns casos, dar a devida eficácia social aos comandos constitucionais.

Por outro lado, inúmeras críticas são tecidas ao ativismo judicial, dentre elas se destacam a alegada violação do princípio republicano, à independência e separação dos poderes, à democracia, o risco de politização da justiça; e os relativos a quais seriam os limites desta atuação. Quanto a este último aspecto, em razão do temor de se criar um superpoder e dos efeitos econômicos das decisões judiciais, que podem afetar profundamente a prestação de outros serviços públicos.

Por fim, também é preocupação central deste estudo estabelecer com fundamento nas prescrições constitucionais, quais seriam os limites do ativismo judicial na efetivação dos direitos, assim serão examinados a capacidade institucional do Judiciário e os efeitos sistêmicos de suas decisões.

1. ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

O estudo do tema “Ativismo Judicial” impõe profundo exame dos dispositivos constitucionais, da “vontade” do legislador no exercício de sua função de reformador e regulamentador das normas constitucionais, bem como análise evolutiva da teoria constitucional. No Brasil, a eficácia dos direitos fundamentais está interligada ao exame do controle das políticas públicas pelo Judiciário. O debate consiste em indagar se o Judiciário teria legitimidade democrática para interferir na atuação dos Poderes Legislativo e Executivo na escolha das políticas públicas a serem desenvolvidas, suas consequências e limites.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

É essencial ponderarmos que os Direitos Fundamentais antecedem à ideia de constitucionalismo, que de acordo com Alexandre de Moraes “[...] tão somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular.” (MORAES, 2011, p. 2-13). Com efeito, a Constituição consiste na positivação dos Direitos Fundamentais no âmbito dos Estados. Para Ricardo Fiuza, a principal finalidade da Constituição é a garantia dos direitos individuais “[...], pois são os indivíduos que, unidos em soberania nacional, formam um Estado, cujos órgãos de poder, então, são estruturados.” (FIUZA, 1991, p. 48).

A constitucionalização surgiu dos movimentos sociais que levaram a institucionalização dos Direitos Fundamentais. Os pioneiros no reconhecimento dos Direitos Fundamentais foram os Estados Unidos, inserindo-os na sua Constituição. Do mesmo modo a Revolução Francesa culminou no art. 16 de sua Declaração, que estabelece que “qualquer sociedade em que não esteja a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição.” (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789).

Para a concepção antiga de Constituição, esta refletia tão somente a estrutura social, não significava um ato de vontade do povo. Assim, a Constituição possuía sentido unicamente institucional, que apenas legitimava a atuação do Estado. Por outro lado, a moderna Constituição ou “Constituição material”, designação dada pela doutrina, passa a ser ato de vontade política de um povo, significando grandes mudanças nos ideais políticos. A respeito:

Em vez da tradição, o contrato social; em vez da soberania do príncipe, a soberania nacional e a lei como expressão da vontade geral; em vez do exercício do poder por um só ou seus delegados, o exercício por muitos, eleitos pela colectividade; em vez da razão do Estado, o Estado como executor de normas jurídicas; em vez de súditos, cidadãos e atribuição a

todos os homens, apenas por serem homens, de direitos consagrados nas leis. (MIRANDA, 2002, p. 45).

Em seguida, o constitucionalismo assume a função de regular as atividades dos governantes e as suas relações com os governados, e protegê-los contra as ingerências e abusos do Estado, assim: *"Em vez de os indivíduos estarem à mercê do soberano, eles agora possuem direitos contra ele, imprescritíveis e invioláveis."* (MIRANDA, 2002, p. 326). Da noção de Constituição material e sua importância para os direitos individuais, sente-se a imprescindibilidade de consolidá-la por meio da sua inserção em um documento solene, que para Kelsen é *"[...] um conjunto de normas jurídicas que pode ser modificado apenas com a observância de prescrições especiais cujo propósito é tornar mais difícil a modificação dessas normas"* (KELSEN, 1998, p. 182), designada de Constituição formal.

Assim, as Magnas Cartas no modo hodiernamente conhecidas, são um reflexo da positivação dos Direitos Fundamentais, que levou a rigidez e supremacia constitucional que predominam no Estado de Direito. Nesta perspectiva, a definição dos direitos fundamentais está associada à evolução da sociedade, o que culminou num acréscimo nas tutelas pretendidas e, conseqüentemente, possibilitou o surgimento contínuo de novos direitos.

Os Direitos Fundamentais clássicos eram satisfeitos por meio de uma mera conduta omissiva por parte do Estado. Entretanto, com o desenvolvimento da sociedade, tal comportamento negativo do Estado se revelou insuficiente para o atendimento das novas exigências que surgiam diante de novos direitos. Por conseguinte, tais direitos passaram a reclamar atitudes positivas do Estado. De acordo com Paulo Bonavides, o lema da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade) "anunciou" a ordem histórica da gradativa institucionalização dos Direitos Fundamentais, que culminou na sua divisão em três gerações (ou dimensões), sucessivamente: direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade.

Os direitos de primeira geração (ou dimensão) são os direitos da liberdade, e foram os primeiros consagrados nas constituições. Trata-se dos direitos civis e políticos, têm como titular o indivíduo e são direitos de resistência contra o Poder Público. Tais direitos dependem da necessária separação entre Estado e Sociedade, em que esta exige daquele apenas a não interferência na liberdade dos indivíduos (tutela negativa). Já os de segunda geração (ou dimensão) são os sociais, culturais e econômicos, surgiram com o Estado social, são entendidos como direitos da coletividade e advieram do princípio da igualdade. Para sua concretização exigem prestações por parte do Estado (atitudes positivas). Neste aspecto, a Constituição brasileira, no seu art. 5º, § 1º, assegurou a auto aplicabilidade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

Os direitos de segunda geração são direitos de liberdade "por meio" do Estado, ou seja, é através deste que os indivíduos poderão obter a sua satisfação (BOBBIO, 1992, p. 5-19). Na Lei Maior, os citados direitos estão no capítulo designado "Dos Direitos Sociais", em que constam vários Direitos Fundamentais, dentre a educação, a saúde, ao trabalho, a moradia, ao lazer e a segurança. (CF, art. 6º, caput). Nesta nova visão, os Direitos Fundamentais receberam novo conceito e passaram a ser objetivados. Assim, o Estado passou a ter obrigação de criar pressupostos fáticos para efetiva realização dos direitos, imprescindíveis ao pleno exercício da liberdade, sobre os quais o indivíduo é destituído de poder (BONAVIDES, 2002, p. 521). Isso porque dada a constatação da mera formalidade dos direitos de primeira geração e de que seus preceitos de fato não se estendiam a todos, se verificou a necessidade de atribuir ao Estado a função de efetivar direitos por meio de prestações (tutela positiva).

Na sequência, com base na fraternidade surgem os Direitos Fundamentais de terceira geração (ou dimensão), os direitos difusos (referem-se a um número indeterminado de pessoas), que objetivam a proteção do ser humano, e não somente do indivíduo ou do Estado em nome da coletividade. Sarlet pondera: "*[...] trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos.*" (SARLET, 1998, p. 50). São apontados como sendo o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Embora, possam surgir outros dessa espécie, com a universalização desses direitos, porém, a maior parte desses direitos são encontrados apenas em Tratados e outros documentos transnacionais.

Atualmente vem sendo admitida a existência de uma quarta geração (ou dimensão) de Direitos Fundamentais, como resultado de uma globalização econômica neoliberal e de uma paulatina dissolução do Estado Nacional por meio da perda de sua soberania. São eles os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Apesar do exposto, no que tange especialmente aos direitos fundamentais sociais, estes ainda suscitam debates no Brasil em torno da sua eficácia e efetividade, em razão da insuficiência e ineficiência dos instrumentos jurídicos existentes para lhes permitir uma integral concretização.

Como vimos, ao longo da História houve evolução substancial da noção de Estado, Justiça e Democracia, que passaram a estar associados a expressão "social", entretanto, para alguns, em razão da dificuldade de plena realização dos direitos fundamentais sociais, a ligação entre as expressões é considerada uma "armadilha semântica". Em sentido oposto, Ingo Wolfgang Sarlet destaca:

A evolução do assim chamado Estado Liberal para o Estado Social de Direito (apenas o segundo seria uma "armadilha" ou "bobagem semântica"?)

certamente representou para a humanidade bem mais do que um mero capricho semântico. Da mesma forma, haveríamos de reconhecer que todos os ilustres juristas, economistas, sociólogos, políticos e filósofos que fizeram e ainda fazem largo uso destas expressões (de Marx, Lassale a Tony Blair, Bobbio, Gomes Canotilho e, entre nós, Paulo Bonavides), nada mais foram ou são do que “bobos” ou, na melhor das hipóteses, vítimas “das armadilhas semânticas” criadas pela fértil imaginação humana ao longo dos tempos (SARLET, 2001).

Em seguida, ao definir Estado Social de Direito, dentre outros aspectos nele compreendidos, afirma: “[...] *se trata de um Estado de Direito voltado à consecução da justiça social*”. Contudo, atualmente, vivenciamos uma crise do Estado Social de Direito, como efeito da “[...] *da globalização econômica e da afirmação do pensamento neoliberal* [...]”; e aquela crise, via de consequência, “[...] *atua como impulso e agravamento da crise dos demais direitos*” (SARLET, 2001). Neste sentido, ainda ressalta:

Assim, apenas para ficarmos com alguns exemplos, constata-se que a diminuição da capacidade prestacional do Estado e a omissão das forças sociais dominantes, além de colocarem em cheque a já tão discutível efetividade dos direitos sociais, comprometem o direito à vida, liberdade e igualdade (ao menos, no sentido de liberdade e igualdade real), assim como os direitos à integridade física, propriedade, intimidade, apenas para citar os exemplos mais evidentes. Basta, neste contexto, observar que o aumento dos índices de exclusão social, somado à crescente marginalização, tem gerado um aumento assustador da criminalidade e violência na relações sociais em geral, acarretando, por sua vez, um número cada vez maior de agressões ao patrimônio, vida, integridade corporal, intimidade, dentre outros bens jurídicos fundamentais.

[...]. A paz, contudo, não deverá, salvo melhor juízo, ser encarada apenas sob o prisma bélico (no sentido de ausência de guerra entre os povos e Estados), mas sim como paz nas relações sócio-econômicas e até mesmo interpessoais e afetivas em geral. A efetividade dos direitos fundamentais – de todos os direitos – depende, acima de tudo, da firme crença em sua necessidade e seu significado para a vida humana em sociedade, além de um grau mínimo de tolerância e solidariedade nas relações sociais, razão, aliás, pela qual de há muito se sustenta a existência de uma terceira dimensão (“ou geração”) de direitos fundamentais, oportunamente designada de direitos de fraternidade ou solidariedade. A preservação do meio ambiente, o respeito pela intimidade e vida privada, a proteção da criança e do adolescente, a igualdade entre homens e mulheres, a liberdade de expressão, dependem de um ambiente familiar e de relações afetivas sadias e responsáveis, enfim, de **muito mais do que um sistema jurídico que formalmente assegure estes valores fundamentais, assim como de Juízes e Tribunais que zelem pelo seu cumprimento** (SARLET, 2001). **Grifo nosso.**

Em suma, a crise do Estado Social de Direito pode ser considerada a mola propulsora da crise dos demais direitos ou, ao menos, seu agravamento, vez que representa na essência uma degradação mais ampla dos sentimentos de solidariedade e fraternidade, que se espalha nos mais diversos setores da sociedade, incentiva pela política capitalista selvagem. Nesta ordem de ideias, “*A eficácia (jurídica e social) dos direitos fundamentais sociais deverá ser objeto de permanente otimização* [...]” (SARLET, 2001), por significar a plena realização do

princípio da dignidade humana, neste inevitavelmente compreendido inúmeros outros direitos fundamentais, essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana.

Neste contexto, há uma interligação necessária entre as definições de direitos fundamentais, política públicas, e ativismo judicial. “*Logo as políticas públicas surgem como instrumento de atuação do Estado na efetivação dos direitos fundamentais, indo além desse objetivo e resultando na diminuição das desigualdades e na inserção social da população como um todo*”. (SLONIAK, 2014). Diante das dificuldades de implementação das políticas públicas, em razão da atuação deficiente dos Poderes Legislativo e Executivo, o Judiciário é comumente chamado a socorrer os indivíduos, tornando-o em guardião do cumprimento das demandas sociais. A esse fenômeno deu-se o nome judicialização.

Nessa tarefa, ao Judiciário se apresentam duas posturas distintas e alternativas, a de “garantista” ou de “ativista”, sendo aquela mais conservadora e limitada; e a última, mais avançada, criativa e consciente de que em suas decisões haverá o dever de cumprimento dos comandos constitucionais, ainda que não disponha da autorização legislativa a sustentar sua atuação. Luís Roberto Barroso ministra:

A idéia 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, 2008).

Com efeito, a discussão a respeito do referido dualismo, juiz “garantista” ou “ativista”, entrou nas discussões do meio acadêmico brasileiro nas últimas décadas, e fez surgir defesas a respeito de uma e outra postura, embora em outros países tal embate já fora travado, como é o caso da Alemanha. Entretanto, a análise que será feita vai além do citado dualismo. Pretende-se investigar se o ativismo judicial em desenvolvimento no Brasil na efetivação dos direitos fundamentais, diante da ineficiência da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, é ou não uma construção do nosso ordenamento jurídico, os limites e consequências desta atuação.

A análise evolutiva dos direitos fundamentais desenvolvida pela teoria constitucional aponta para uma transformação das noções de Constituição, democracia, Estado e das funções dos seus poderes. O Direito, e mais amplamente a Justiça, não mais se conformam com o formalismo rígido, discursos e dispositivos jurídicos inócuos, destituídos de alcance social. É um caminho que não admite retrocessos e representa o progresso científico do direito.

Destarte, o Direito constitucional contemporâneo cada vez mais reforça o papel social das constituições democráticas republicanas, documento composto por princípios e regras dotados de caráter normativo, fonte de inspiração e condicionador de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional.

1.2 DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Por meio da doutrina constitucional contemporânea e de uma interpretação que confira unidade à Constituição Federal e à “vontade” do Poder Legislativo na sua tarefa de legislador ordinário, de regulamentador da Magna Carta e produtor de emendas constitucionais, que serão encontradas as respostas para a legitimidade democrática do juiz ativista. Neste aspecto, o Poder Constituinte ao estabelecer preceitos abertos, tais como os princípios fundamentais constitucionais da dignidade humana (art. 1º, III, CF) e o pluralismo político (art. 1º, V, CF); criar as súmulas vinculantes, que vinculam o Poder Executivo (art. 102, §2º, da CF); a repercussão geral (art. 102, §3º, da CF) etc., autorizam o ativismo judicial.

Ademais, os diversos direitos e garantias previstos na Lei Maior, como o mandado de injunção (art. 102, q, da CF), a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º, da CF), ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, da CF) os direitos e garantias individuais arrolados como cláusula pétrea (art. 60, §4º, da CF), a exigência de harmonia e controle mútuos entre os poderes (art. 2º, CF), o controle de constitucionalidade das emendas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, etc., reforçam essa afirmativa. Relativamente à evolução da noção clássica da separação de poderes e da relação entre estes e democracia, as considerações a seguir:

Não é admissível um Judiciário que permaneça encastelado, a decidir, comodamente, apenas conflitos privados sem maior expressão, perante a realidade sócio-política dos dias presentes. É compreensível uma Justiça "quase nula", ao tempo dos iluministas, quando as populações eram rarefeitas, a tecnologia incipiente e os recursos estatais destituídos de maior potencialidade. Atualmente, quando os meios da técnica e a atividade econômica e social possuem aptidão para causar graves efeitos lesivos às populações massificadas, e perante um crescimento desorbitado da atuação estatal, capaz de violar direitos de incontável número de pessoas, é preciso um Judiciário que não se abstenha perante esses poderes agigantados, mas que tenha condições para enfrentá-los em patamar de igualdade. Em vez do Judiciário fraco da doutrina tradicional da separação de poderes, deve tornar-se o terceiro gigante, como o define MAURO CAPPELLETTI, para manter o equilíbrio de forças, necessário aos controles recíprocos entre os poderes do Estado e ao controle dos poderes sociais e econômicos (CAPPELLETTI, 1993:49-55). (DOBROWOLSKI, 1995, p.92-101).

Com este raciocínio, por uma revisão da clássica teoria da separação dos poderes, para uma doutrina que permita a colaboração entre os poderes, inclusive através do desempenho de funções que não lhes são típicas, são as ponderações abaixo:

Isso indica, inevitavelmente, que a doutrina clássica da separação de Poderes deve ser submetida a uma revisão teórica para melhor ajustá-la às novas tendências e exigências do sistema jurídico, sobretudo em razão de certas mudanças paradigmáticas de que os fenômenos jurídicos têm-se ressentido. A doutrina da separação de Poderes, concebida como uma divisão rígida entre as funções estatais, não se coaduna com o contemporâneo Estado Constitucional Social e Democrático de Direito. Assim, o princípio da separação de Poderes deve ser compreendido como um meio a proporcionar, tanto quanto possível, não uma separação rígida de funções, mas, sim, uma coordenação, colaboração ou um entrosamento entre as distintas funções estatais, numa relação de interdependência, de modo a permitir que cada Poder, ao lado de suas funções típicas ou principais, correspondentes à sua natureza, possa, em caráter secundário, colaborar com os demais, ou desempenhar funções que, teoricamente, não pertencem ao seu âmbito de competência, mas ao de outro Poder, desde que, para tanto, não seja sacrificado o seu núcleo essencial. (TEIXEIRA, 1991, p.585).

Em reforço, com destaque para democracia participativa, Bonavides, defensor do novo constitucionalismo brasileiro, expõe: O futuro das Constituições pertence, pois, ao princípio da legitimidade. Um princípio qualificado pela democracia participativa no universo político contemporâneo, onde a cidadania do gênero humano é a cidadania do mundo; onde as Cartas constitucionais exaradas pelo povo, em sua versão legítima, hão de consagrar a tetradimensionalidade dos direitos fundamentais. Essa é pelo menos a plataforma constitucional de seus valores de libertação (BONAVIDES, 2003, págs. 314/315). Outro fator a ser considerado, reside no princípio constitucional da inafastabilidade de controle judicial, que impõe uma conduta ativa do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais ante a ausência arbitrária de atuação do Estado. Neste aspecto, Ministro Celso de Mello ministra:

A regra inscrita no art. 5º, inciso XXXV, da Lei Fundamental, garantidora do direito ao processo e à tutela jurisdicional, constitui o parágrafo régio do Estado Democrático de Direito, pois, onde inexista a possibilidade de amparo jurisdicional, haverá, sempre, a realidade opressiva e intolerável do arbítrio do Estado ou dos excessos dos particulares, quando transgridam, injustamente, os direitos de qualquer pessoa (STF. Rcl 6534 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 25/09/2008, DJe-197 DIVULG 16-10-2008 PUBLIC 17-10-2008 EMENT VOL-02337-01 PP-00160 RTJ VOL-00206-03 PP-01036 RT v. 98, n. 879, 2009, p. 162-170 RF v. 104, n. 400, 2008, p. 360-370).

Além disso, o art. 5º, inciso XXXV, da CF, nos autoriza a elencar como destinatário daquela disposição não apenas o legislador, mas também o juiz, vez que é o condutor do processo. Por conseguinte, sendo o acesso ao Judiciário direito fundamental do indivíduo, à atuação magistrados foi dado valor substancial pelo Poder Constituinte. Em relação aos

dispositivos infraconstitucionais que ampliam os poderes dos juízes, é exemplo a Lei nº 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, ao prever possibilidade de adaptação pelo juiz do rito às particularidades da causa em dois aspectos: quanto aos prazos (ampliar) e alterar a ordem da produção de provas (ativismo processual).

De outro lado, a teoria da interpretação do direito de Dworkin oferece respostas as indagações teóricas mais profundas ao assunto, visto que expõe um método de aplicação dos princípios e valores mais fundamentais na decisão jurídica, de maneira a legitimar a atividade do Judiciário e satisfazer o anseio comunitário por justiça e igualdade de tratamento. Neste sentido, Dworkin afirma que ainda que não exista nenhuma regra legislada, “[...] o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”. (2006, p. 127).

Acrescenta que [...] uma Constituição de princípios, colocada em prática por juízes independentes, não é antidemocrática. Ao contrário, uma das precondições da democracia legítima encontra-se na exigência de que o governo trate todos os cidadãos como iguais e respeite suas liberdades fundamentais e sua dignidade”. (2003, p. 172). Nesta linha de ideias, na obra “Juízes Legisladores?” Mauro Cappelletti afirma que mesmo no caso de o juiz assumir em suas decisões a atividade criativa, a função jurisdicional ainda assim não corresponderia à legislativa, nem violaria as funções do Poder Legislativo. O autor entende que os juízes estão necessariamente condicionados a serem criadores do Direito. (CAPPELLETTI, 1995). Neste aspecto, Luís Carlos Cancellier de Olivo elucida:

[...] eles são chamados a esclarecer, integrar, plasmar e transformar e não raro a criar *ex novo* Direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores. Para ele, é importante diferenciar o processo legislativo do processo jurisdicional, principalmente por este último envolver o contraditório entre as partes, o que não ocorre no processo legislativo. Entretanto, reconhece que os tribunais podem operar com competência legislativa, ao invés de judiciária, quando exercem o poder de emanar diretivas gerais em tema de interpretação, vinculantes para os tribunais inferiores e emitidas sem qualquer conexão com determinado caso em concreto, quando assumem eficácia vinculante *erga omnes*. (OLIVO, 200, p.89).

Por fim, quanto aos limites do ativismo judicial na efetivação dos direitos fundamentais, estes estariam na capacidade institucional do Judiciário e nos efeitos sistêmicos de suas decisões (BARROSO, 2008, p.15-16), no princípio do mínimo existencial (SARLET, 2003), na “reserva do possível” (SARLET, 2003), desde que neste caso, as situações em que a realização de uma prestação pelo Estado não é possível por comprovada e efetiva ausência de recursos, diferindo daquelas em que a falta destes decorre de sua alocação em desconformidade com a Constituição.

1.3 DOS LIMITES

Em busca de limites para o ativismo judicial a reserva do possível costuma ser utilizada como limitação ao Judiciário. (GRINOVER, 2011. p. 149). Contudo, na hipótese dos Poderes Executivo e Legislativo não promoverem as condutas necessárias para o rearranjo financeiro do Estado, a fim de seus objetivos fundamentais poderem ser alcançados, caberá ao Judiciário intervir nas respectivas políticas públicas (CANELA JUNIOR, p. 225-236). Tal intervenção deve realizar-se de forma razoável e proporcional, buscando a garantia do mínimo existencial (GRINOVER, 2011. p. 149). De modo que ao apreciar determinada política pública, deve analisar todos os elementos que a envolvem, sob pena de invasão indevida na atividade política de governo, a afetar a consecução de outras tarefas estatais (BUCCI, 2006. p. 23).

A reserva do possível, no entanto, não pode ser analisada subjetivamente por quem não visa cumpri-la. A depender das circunstâncias, pode ser necessário o cumprimento obrigatório de uma decisão, como no caso de remédios para a garantia do direito à saúde. (FREIRE JÚNIOR, 2005. p. 77). No julgamento do AI 734.487-AgR foi mantido o entendimento de que esse direito é indisponível, garantido mediante políticas públicas, impondo ao Estado a criação de condições objetivas de efetivo acesso a tal serviço. Neste toar, é possível ao Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionais, sem ingerência no poder discricionário do Poder Executivo.

A decisão, contudo, limita a atuação do Judiciário às hipóteses em que o poder público não cumpriu com suas obrigações constitucionalmente previstas. Do contrário, estaria invadindo nas atribuições da Administração Pública. Desse modo, quando o Poder Público se abstém de cumprir o dever de realizar políticas públicas previstas na Constituição, viola os direitos fundamentais, dando permissão a atuação do Judiciário.

Por sua vez, a variável econômica ganha relevância em sede de ativismo judicial e efetividade de direitos. Contudo, apesar de vinculada às condições e possibilidades de execução de políticas públicas em prol da defesa e efetivação dos direitos sociais, a mesma não é condição imutável, devendo ser vista como condição a ser constituída previamente pelos atores políticos e sociais constitucionalmente responsáveis (LEAL, 2009. p. 97).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 410715/SP¹ manifestou-se de que a prerrogativa constitucional de formular e executar políticas públicas reside nos Poderes Legislativo e Executivo, sendo possível ao Judiciário, no caso de políticas públicas definidas na Constituição, determine sua

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. RE-AgR 410715/SP. Segunda Turma. Agravante: Município de Santo Andre. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 22 de novembro de 2005. Disponível em: Acesso em: 22 abr. 2014

implementação pelos órgãos estatais inadimplentes. Isso significa que é possível o ativismo judicial sob a condição de ficar caracterizada a omissão ou o descumprimento dos encargos políticos, a comprometer a eficácia dos direitos sociais. Assim, a atuação do Poder Judiciário em situações de lesão aos direitos fundamentais ganha respaldo constitucional.

Ademais, de acordo com Ana Paula de Barcellos (2007. p. 2) o “neoconstitucionalismo” gerou a defesa de um novo paradigma constitucional no Brasil, dando superioridade e centralidade a Constituição e tendo como efeitos o reconhecimento da força normativa, a expansão da jurisdição constitucional e a nova interpretação constitucional. Com efeito, ativismo judicial deve pautar-se segundo os interesses em discussão no caso concreto, adotando-se a decisão mais apta ao atingimento dos fins objetivados pela norma, respeitando-se as diretrizes da Constituição Federal e os atributos de cada um dos “poderes” constitucionalmente estabelecidos.

Na hipótese de ato administrativo discricionário, deve o juiz decidir se o administrador agiu segundo a conveniência e oportunidade que a lei lhe conferiu, pois devem ser praticados dentro dos padrões previstos. Desse modo, se o administrador praticou o ato dentro dos referidos limites, tem-se que o ato é compatível com a ordem jurídica. Contudo, caso ele viole o interesse público ou legalidade, a revisão judicial se impõe. Tal “ativismo”, no entanto, deve ser feito com critérios, que lhe confere racionalidade. A decisão judicial deve considerar a razoabilidade da pretensão, princípio do mínimo existencial e a existência de disponibilidade financeira do Estado a fim de tonar concretas e efetivas as prestações que lhes são exigidas.

Destarte, deve o juiz valer-se dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de adotando a melhor decisão para o caso examinado, sem deixar de observar os direitos constitucionais pleiteados e a cláusula da reserva do possível orçamentário com base nas verbas públicas disponíveis para a execução de determinada política pública.

1.4 POLÍTICAS PÚBLICAS

A política pública é própria dos atos discricionários, em que a norma confere ao administrador juízo de conveniência e oportunidade na realização da atividade administrativa, a fim de que determinada prestação positiva seja implementada. Na dimensão material de política pública, João Martins Tude destaca: “*São os conteúdos concretos da ação política, isto é, o resultado material dos chamados programas políticos ou planos de governo, são as resoluções do Estado para os problemas técnicos e mais imediatos da sociedade em sua concepção mais material*”. Cabe apontar a definição a seguir:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados. (BUCCI, 2006, p.39).

A razão, portanto, para a implementação de uma política pública é a resolução de um problema coletivamente relevante (SECCHI, 2015, p.2), por possuir dois elementos considerados imprescindíveis: a intencionalidade pública e a resposta a um problema público. Não há dúvidas que as políticas públicas demonstram as escolhas feitas pelo governo para tratar dos temas de maior relevância. Para isso, é essencial conhecer os problemas rotineiros, indicados pelo meio social, para após inseri-los na política do governo (OLIVEIRA *et al*, 2011). Diante disso, a eficácia da política pública é cada vez mais objeto de preocupação e debate entre os juristas, os levando a considerar tal critério no momento da sua escolha.

2 TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL

A racionalidade humana permite à pessoa analisar, planejar e executar suas atividades e desejos, pondo-os em prática. Para isso, o indivíduo deve ter em mente o que o separa dos bens e serviços preferidos. Os obstáculos são vários, por isso, são considerados pelo homem. (FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale, 2001). De outro lado, quem decide, sempre desejará aumentar o que foi alcançado (benefício marginal), o que leva à um obstáculo/custo maior (custo marginal). E, sendo o benefício marginal superior ao custo marginal, o indivíduo continuará fazendo modificações para aumentar os seus ganhos (COOTER, 2010, p. 45-46).

A maximização dos resultados, portanto, considera não apenas os benefícios iniciais diante dos custos iniciais, com os seus marginas. Os atos racionais estão ligados ao aumento do benefício marginal com custo marginal menor ou a manutenção dos benefícios iniciais com a redução de seus custos. A Teoria da Escolha Racional defende a ponderação, isto é, a análise detalhada das vantagens e dos seus custos na tomada de decisão pelo indivíduo, o que é essencial quando da eleição pelo poder público de uma política pública específica, e para se entender os efeitos nefastos de um ativismo judicial ilimitado, e que não leva em consideração as consequências econômicas de suas decisões.

De outro norte, a limitação da racionalidade decorre da limitação da informação acessível aos agentes, além de “*incapacidade de processamento pelo ser humano de toda a*

informação disponível sobre determinado assunto”. Para Herbert Simon esta é verificável no momento em que os agentes pretendem atuar da forma mais racional possível. Contudo, isso não ocorre em razão dos riscos e incertezas a respeito de determinada transação, das informações incompletas acerca do objeto negociado e da complexidade de informações que envolvem a transação.

Quando se analisa uma decisão judicial, a racionalidade limitada pressupõe as limitações de conhecimento dos juízes sobre as implicações econômicas de suas decisões, já que há limitações de informação e incapacidade geral de seu processamento pelo ser humano. O julgador, na busca pela maior aplicabilidade e justiça da decisão, deve avaliar seus custos face à eficiência na alocação dos recursos. Tal ponderação, relaciona-se ao consequencialismo que deve reger a solução de certos casos, especialmente quando atingem terceiros. Assim, tem-se que os magistrados promovem análise subjetiva acerca da pretensão, por envolverem em geral situações de emergência nas quais o direito à vida é o bem a ser protegido.

A título de ilustração, no caso do fornecimento de medicamentos, é possível recorrer à teoria dos direitos fundamentais, como o direito à vida, à saúde e à dignidade humana, de modo que a hermenêutica constitucional serve para justificar sua concessão². O procedimento, no âmbito da contemporânea teoria dos direitos fundamentais, pode ser denominado método hermenêutico constitucional contextual. Extrai-se que a racionalidade limitada leva à compreensão do porquê, em parte dos casos, os magistrados estão impossibilitados de conhecer os efeitos econômico-financeiros de suas decisões, optando por basear suas decisões unicamente na compreensão da Constituição Federal e dos direitos fundamentais.

A Constituição instrumentaliza o intérprete ao contemplar normas/princípios como os da dignidade da pessoa humana e direito à saúde, por exemplo. Contudo, tais normas não estabelecem critérios de efetivação destes direitos, assim, as decisões de concessão de medicamentos, em geral impondo altos custos ao Estado, impedem que recursos escassos sejam alocados à sociedade por meio de políticas públicas. Sobre o tema, Gustavo Amaral destaca: (...) *a decisão judicial para o indivíduo deve sempre ser circunstancial, respeitando, assim, a pluralidade de opções alocativas existentes, a heterogeneidade da sociedade e seu reflexo necessário sobre as concepções que tem sobre suas necessidades e a deficiência na coleta de informações que é inerente ao procedimento judicial.*

Desse modo, a concretização direta de determinados direitos individuais pode impedir uma solução de maior eficiência, econômica e social, seja implementada pelo Estado e atenda o interesse público de modo mais amplo. De outro lado, sendo limitados os recursos, a opção de sua aplicação envolve considerações relativas às prioridades eleitas pelo Poder Público.

² Juiz Federal Roger Raupp Rios.

2.1 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Os recursos de produção, os ingredientes básicos para a criação de bens e serviços, são limitados, porém, as necessidades humanas estão sempre se renovando (VASCONCELLOS; GARCIA, 2000. p. 2). Neste contexto, a Economia atua como gerenciadora, tentando evitar o desperdício dos fatores produtivos face às vontades humanas, atingindo o equilíbrio. A eficiência está ligada ao método da economia, que para se ter meio de produção eficiente, é essencial a maximização das riquezas, realizando as necessidades humanas (PINHEIRO). Tal maximização se obtém, quando é impossível criar a mesma quantidade de produção com a combinação de produtos de baixo custo; ou não se pode ter maior produção com a mesma quantidade de bens combinados (COOTER; ULEN, 2010. p. 38).

Outra concepção de eficiência, é a de Pareto ou alocativa, que considera não só a elevação do potencial produto, pela diminuição dos custos produtivos, ou pelo aumento da fabricação com a mesma quantidade de insumos, mas também, pelo grau de satisfação das pessoas. Com efeito, na impossibilidade de realocar produtos de modo a beneficiar uma parte, sem prejudicar a outra, será uma situação de Pareto eficiente. (VARIAN, 2003. p. 15). Diante disso, a Economia contribui com o Direito, pois explica o comportamento humano (maximizador, que leva ao equilíbrio, gerando eficiência), auxiliando a pensar e criar meios e formas de tornar as políticas públicas e os atos jurídicos mais eficientes.

2.2 ORÇAMENTO PÚBLICO E ESCOLHAS TRÁGICAS

A partir de uma perspectiva social, tem-se que as políticas públicas, segundo Enrique Saraiva, seriam um *“fluxo de decisões públicas, orientado a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios a modificar essa realidade”*. A concessão de uma política pública eleita depende da avaliação do Estado, que além de estar condicionada às prioridades políticas eleitas, deve respeitar as Leis Orçamentárias e não deve violar o princípio da razoabilidade e proporcionalidade quando comparado com gastos previstos universalmente. Deve ser considerado os limites da intervenção judicial, pois não pode ocorrer de forma a adentrar na competência dos demais Poderes, interferindo no orçamento estatal.

Isto se deve porque a condenação do Poder Público ao fornecimento ilimitado culminaria na insuficiência de recursos para o atendimento das demais demandas públicas. O Estado brasileiro não dispõe de recursos para assegurar todos os direitos garantidos na Constituição, estando atrelado à sua situação econômica e as políticas públicas traçadas. O

Judiciário deve ser prudente no exercício da jurisdição ao criar despesa pública não prevista no orçamento, vez que se a Justiça interfere no orçamento, interfere nas políticas públicas. O direito não é absoluto, ante incapacidade orçamentária do Estado garantir direitos universalmente.

O Estado, dentro dos seus limites, deve garantir direitos a todos o que não se pode esperar é que ele assuma o compromisso de fornecer, pois levaria à sua falência, e encontraria limites em outros direitos fundamentais. E escolhas trágicas devem ser feitas preponderantemente pelo Legislativo e pelo Executivo. Por conseguinte, o que se visa é evitar que uma pessoa com melhor condição cultural e/ou socioeconômica que solicitou a tutela jurisdicional possa ser beneficiada, em prejuízo de outras pessoas que sem esses atributos possam ser privadas, por insuficiência orçamentária.

A interpretação ampla dada aos direitos, sem atentar aos limites decorrentes do caráter individual do pedido, importa tratamento desigual, impondo, ao Poder Público, o ônus de prover tratamentos individuais, de custo muitas vezes superior ao que o sistema é capaz de fornecer, em detrimento da maioria dos necessitados. Tal prática, quando reiteradamente promovida, leva a impossibilidade do resto da coletividade, não beneficiada por decisões individuais, acessar os serviços porquanto os recursos destinados à assistência pública são escassos e devem ser prioritariamente dirigidos ao custeio de políticas públicas.

Em voto da lavra do Min. Luiz Fux, este afirma que: *[...] escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da reserva do possível.* Do voto, verifica-se que o uso do argumento relativo à escassez de recursos do Estado, diante da concretização dos direitos fundamentais, é afastado e não elide o Poder Público de sua responsabilidade em atuar por meio de Políticas Públicas, e constata-se uma preocupação quanto às escolhas públicas, na definição das prioridades que correspondam às necessidades públicas mais prementes dos cidadãos.

CONCLUSÃO

A análise do Tema “Ativismo Judicial e o Direito Brasileiro” foi realizado através do exame dos diversos dispositivos constitucionais, da legislação e da teoria constitucional contemporânea. Demonstramos que o ativismo judicial em desenvolvimento no Brasil decorre do nosso ordenamento jurídico e quais são seus limites, para isso foram examinadas as prescrições constitucionais e a evolução da teoria constitucional nas últimas décadas.

Ressaltamos a existência de inúmeras críticas ao ativismo judicial, dentre elas se destacam a alegada violação do princípio republicano, à independência e separação dos poderes, à democracia, o risco de politização da justiça; e os relativos a quais seriam os limites desta atuação, em especial em razão dos seus efeitos econômicos, que podem afetar profundamente a prestação de outros serviços públicos.

A importância do tema é vista na inefetividade dos direitos fundamentais expressos na Magna Carta, em razão da falta de atuação do Poder Executivo, dando àquele documento jurídico superior um caráter de mero enunciador de dispositivos inócuos, desconexos da realidade e das necessidades sociais. Tal ausência de atuação, no entanto, não tem impedido a jurisprudência, com amparo nos princípios constitucionais e normas gerais, em alguns casos, dar a devida eficácia social aos comandos constitucionais.

Ao final, abordamos com fundamento nas prescrições constitucionais, os limites do ativismo judicial na efetivação dos direitos, assim serão examinados a capacidade institucional do Judiciário e os efeitos sistêmicos de suas decisões.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n.15, jan./mar. 2007. p. 2

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. 2008. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2015.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19ª. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

_____. *Curso de direito constitucional*. 12ª. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa – por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. Malheiros Editores, 2ª edição, 2003, págs. 314/315.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a ‘reserva do possível’: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 225-236. p. 233

BRASIL. Constituição Federal. *Promulgada em 05 de outubro de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 22 nov. 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 23

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. CLEVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Declaracao_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidadao. Acesso em: 21 nov. 2015.

DIMOULIS, Dimitri. *Anotações sobre o neoconstitucionalismo (e sua crítica)*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, mar. 2008. (Working Paper). p. 17.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e outras liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: Taking rights seriously.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Título original: A matter of principle.

Dobrowolski, Sílvio. *A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo*. REVISTA N.º 31, Ano 16, dezembro de 1995 - p. 92-101. Disponível em: file:///Platao/www/arquivos/RevistasCCJ/Seque...ativismo_judicial_no_estado_contemporaneo.html. Acesso em: 22 nov. 2015.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Lições de direito constitucional e teoria geral do Estado*. Belo Horizonte: Lê, 1991.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 77

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 149

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficácias dos direitos fundamentais sociais: o desafio do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 97

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVO, Luís Carlos Cancellier de. *Juízes legisladores: o controle de constitucionalidade das leis como forma de exercício do direito judiciário*. 2000. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15417/13990>. Acesso em 22 nov. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, ano I – Vol. I – nº 1 – Abril de 2001 – Salvador Bahia – Brasil.

_____, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SLONIAK, Marcos Aurélio. *Acesso a justiça, direitos fundamentais e políticas públicas: uma análise do ativismo e garantismo processual*. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=173>. Acesso em: 22 nov. 2015.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.