

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

JUVÊNIO BORGES SILVA

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

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

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

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

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Juvêncio Borges Silva; Paulo Roberto Barbosa Ramos; Rogerio Luiz Nery Da Silva - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-449-5

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

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais.
2. Cooperativismo.
3. Cotas.
4. Vulnerabilidade. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos o livro Direito Sociais e Políticas Públicas I. O livro é composto de vinte capítulos e é fruto dos artigos que foram apresentados no Grupo de Trabalho com o mesmo nome no XXVI Encontro Nacional do Conpedi em Brasília no dia 21 de julho de 2017.

Os trabalhos, com excelente qualidade, com a participação de autores pesquisadores de várias regiões do país, traduzem a preocupação científica teórica e empírica envolvendo questões de ordem geral sobre efetividade da igualdade e o sistema de cotas em concurso público, efeitos constitutivos da lei e suas repercussões na defesa do meio ambiente, o cooperativismo e o novo marco regulatório, análise da legislação de cotas eleitorais para a igualdade de gênero e a importância dessa política pública como instrumento democrático e o orçamento participativo como instrumento de formação da razão pública. Os artigos contemplaram ainda temáticas que refletiram sobre políticas públicas voltadas para situações de vulnerabilidade, moradia, educação, além de discussões concernentes à judicialização das políticas públicas e ativismo judicial.

Os capítulos, abordando temas diversos, convergem para uma temática que os une, a saber, as políticas públicas e o papel dos poderes legislativo, executivo e judiciário no que se refere à sua criação, implementação e controle, considerando os conflitos decorrentes da omissão do poder legislativo e limites de sua atuação, da discricionariedade e poder-dever do poder executivo, e do protagonismo do poder judiciário em face do fenômeno da judicialização e do ativismo judicial.

Não obstante os capítulos tenham autores de várias regiões do país, sendo que alguns tem como objeto de pesquisa situações concretas e regionais, verifica-se que os mesmos problemas se apresentam nas várias regiões do país, sendo que a reflexão de situações locais específicas podem contribuir para uma melhor compreensão de situações semelhantes em outras regiões, assim como reflexões mais gerais contribuem para uma melhor compreensão de situações concretas locais, o que nos leva a concluir que a máxima que afirma ser necessário pensar globalmente e agir localmente se confirma.

A riqueza de análise e peculiaridade dos vários trabalhos apresentados em muito contribuiu para uma melhor percepção da realidade fática dos direitos sociais e políticas públicas no

Brasil, proporcionando-nos reflexões que alargam nosso horizonte de conhecimento e nos proporcionam melhores condições para uma atuação no sentido de superar as dificuldades que obstaculizam a concreção dos direitos sociais no Brasil, sendo que as políticas públicas constituem o instrumento privilegiado para a sua consecução, exigindo, portanto, aprimoramentos, que somente serão realizados com a participação popular e efetiva fiscalização por parte da população e dos órgãos competentes.

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

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Rogerio Luiz Nery Da Silva - Universidade do Oeste de Santa Catarina

ACESSO À JUSTIÇA: ATIVISMO JUDICIAL COMO GARANTIA DE ACESSO À POLÍTICAS PÚBLICAS

ACCESS TO JUSTICE: JUDICIAL ACTIVISM AS GUARANTEE OF ACCESS TO PUBLIC POLICIES

Jonas Guedes de Lima ¹
Alinson Ribeiro Rodrigues

Resumo

O presente artigo objetiva estudar o ativismo judicial como meio de garantir o acesso a políticas públicas. Com o advento da Constituição Federal de 1988, conhecida como a Constituição Cidadã, justamente por garantir a concretização de direitos fundamentais proporcionados pelo Estado, ou que deveriam ser proporcionados de forma harmônica e igualitária aos indivíduos. Contudo, alguns direitos essenciais não chegam a contento para inúmeros brasileiros, havendo assim um descumprimento ou uma ausência de leis que regulamentem esses acessos as políticas públicas, fazendo com que inúmeras pessoas busquem no Poder Judiciário para garantir tais direitos.

Palavras-chave: Acesso à justiça, Ativismo judicial, Políticas públicas

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to study judicial activism as a means of guaranteeing access to public policies. With the advent of the Federal Constitution of 1988, known as the Citizen Constitution, precisely because it guarantees the realization of fundamental rights provided by the State, or that should be provided in a harmonic and egalitarian way to individuals. However, some essential rights do not come to the satisfaction of countless Brazilians, so there is a noncompliance or an absence of laws that regulate these access to public policies, causing countless people to seek in the Judiciary to guarantee such rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Access to justice, Judicial activism, Public policy

¹ Advogado. Mestrando em direito e desenvolvimento de mercado sustentável.

1. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas o Brasil passou por alguns momentos históricos, um deles foi por algum instantes ter uma economia aparentemente estável, com crescimento em diversos setores e programas sociais de distribuição de renda, o que contribuiu para uma expressiva alternância das classes sócias. Mesmo que por pouco tempo, a economia se manteve em uma crescente, o mercado imobiliário aquecido, as indústrias produzindo e os índices de desemprego sendo cada vez mais mitigados, logo veio a crise, a instabilidade política e econômica. Dessa forma houve uma crescente nos pleitos por serviços públicas, por direitos e garantias explícitos ou não regulados por lei, mas que estão sujeitos de implementação de políticas públicas.

Uma grande massa de indivíduos não tem acesso as políticas públicas, que perfeitamente pode ser por falta de implementação do que está descrito na Constituição Federal de 1988, seja por ausência de norma, seja por morosidade do Poder Legislativo ou ainda por uma questão de má gestão. Não atendendo os objetivos descritos, inicia-se neste momento uma demanda judicial com objetivo de satisfazer a ineficiência estatal de outrora.

Diante a ausência de políticas públicas, seja por inércia do Estado, que não concede o ou mesmo quando concede, concede de forma bem inferior do esperado pela sociedade. Sendo assim, o poder judiciário tem sido provocado para responder a inúmeras demandas que cobram a satisfação dos direitos aos desfavorecidos.

O ativismo judicial como um fenômeno crescente nas cortes brasileiras, principalmente no Supremo Tribunal Federal, em casos de extrema importância, aclamados por classes minoritárias, que buscam na Suprema Corte uma solução para seus problemas. Assim foi nesses últimos anos. O Poder Judiciário como um protagonista do fenômeno ativismo judicial.

Portanto, inicia-se assim, a chamada judicialização, quando o poder judiciário é provocado e faz as vezes do poder executivo, apresentando soluções para os conflitos, agindo a margem da defesa para garantir o acesso de pessoas a questões sociais, com embasamento legal impondo o cumprimento por partes de demais poderes. De outra banda, enxergamos um efeito dominó, uma vez que esse assistencialismo é garantido aquela que ingressou com uma ação com determinado fim, provavelmente estará excluído ou ainda mitigado o acesso para outrem. Neste aspecto o ente público sempre apresenta defesa em sentido de que, não existe recurso suficiente para atender toda população que necessita.

Estamos diante de uma dicotomia, o poder judiciário cobra do poder legislativo, questionando a elaboração de leis, mesmo entendendo que a Constituição Federal de 1988 é

uma constituição dirigente, pois estabeleceu metas para o alcance de políticas públicas para todos. Por outro lado, posiciona-se perante o poder executivo cobrando melhor gestão dos recursos públicos, para não diminuir as expectativas, ao deixar de executar os projetos da Constituição Cidadã.

Os direitos fundamentais e as políticas públicas estão sendo garantidas pelo poder judiciário, que vem desempenhando uma tarefa árdua e decisiva em um país democrático. Sendo público e notório que o Poder Executivo envolvido e uma série de escândalos de corrupção e desvio de dinheiro público, cumulado a má gestão do orçamento público, o que podemos concluir que este é o real motivo por tanta falta de assistencialismo e efetivação das políticas sociais. Nessa perspectiva, o judiciário será modulador desses acessos.

Diante a judicialização como via de acesso a políticas sociais, notamos que não é o meio mais eficaz, porém a famosa frase “vou até o STF” sinaliza uma crescente, diante a morosidade do Legislativo e ineficiência do Executivo. O presente artigo propõe a discussão sobre o acesso à justiça como meio de efetivação das políticas públicas, através da análise doutrinária e normas correlatas.

2. ATIVISMO JUDICIAL E O ACESSO A JUSTIÇA

Atualmente existe no Brasil, uma grande demanda por justiça, o povo busca seus direitos na justiça desde a primeira instancia até o Supremo Tribunal Federal, este acesso garantido constitucionalmente, faz com que as pessoas busquem fazer valer seus direitos.

Seja pessoas naturais e pessoas jurídicas, o que independe de qualquer condição ou situação, têm garantido o direito de bater as portas do poder judiciário e deste receber resposta sobre qualquer pretensão. O princípio consagrado previsto no artigo 5º, inciso XXXV, encravado na Constituição federal de 1988, que consagra a inafastabilidade do poder judiciário, “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” denominado por inúmeros juristas de acesso à justiça, que, adquire uma nova roupagem a partir do advento do Estado Democrático de Direito.

O artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José) também expressa da seguinte forma:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Não devemos esquecer que no Estado Liberal, o seu principal propósito era justamente a devida manutenção da propriedade privada, no caso em si, o ente estatal era totalmente desincumbido de qualquer responsabilidade social, porém, até o nascimento do Estado Social.

Neste diapasão, ao se consignar que o objetivo do direito fundamental preconizado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, que assegura o acesso à justiça como uma garantia constitucional, logo, um direito fundamental, de maneira célere ou em tempo razoável, artigo 5º, inciso LXXVIII, de acordo com a natureza da matéria ou do objeto em litígio, transformando o poder judiciário ou por assim dizer, o processo em instrumento de garantia de direito da parte.

Neste sentido, Ada Pelegrini Grinover esclarece que:

[...] o acesso à justiça para a tutela de interesses transindividuais, visando à solução de conflitos que, por serem de massa, têm dimensão social e política, assume feição própria e peculiar no processo coletivo. O princípio que, no processo individual, diz respeito exclusivamente ao cidadão, objetivando nortear a solução de controvérsias limitadas ao círculo de interesses da pessoa, no processo coletivo transmuda-se em princípio de interesse de uma coletividade, formada por centenas, milhares e às vezes milhões de pessoas. E o modo de ser do processo que, quando individual, obedece a esquemas rígidos de legitimação, difere do modo de ser do processo coletivo, que abre os esquemas de legitimação, prevendo a titularidade da ação por parte do denominado “representante adequado”, portador em juízo de interesses e direitos de grupos, categorias, classes de pessoas. (GRINOVER, 2007, p. 12)

Sendo uma garantia constitucional o acesso à justiça deve ser visto, aqui neste trabalho, como porta de entrada para o acesso a políticas públicas, meio indispensável quando da ausência dos demais poderes. Neste sentido será louvável o estudo aprofundado do tema proposto.

Para Paulo Bonavides, o Estado social não pode ser confundido com o Estado socialista. O primeiro tem que ser considerado como uma transformação do antigo Estado Liberal, distinto do segunda que aderiu à ordem capitalista em sua integralidade.

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, (...) em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área da iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social. (...) E, à medida que o Estado produtor puder remover o Estado capitalista, dilatando-lhe a esfera de ação, alargando o número das empresas sob seu poder e controle (...) na consecução desse processo, já estaremos assistindo a outra transição mais séria, que seria a passagem do Estado social ao Estado socialista. (BONAVIDES, 2013, p. 186)

Antes de adentrarmos no conceito de ativismo judicial, mister faz, trazer algumas considerações sobre judicialização, apesar de parecer a mesma coisa, não é, mas tem grande afinidade, digamos que são familiares. Judicialização é uma fenômeno mundial, é um fato no qual se busca no Poder Judiciário uma forma de efetivar e garantir direitos, ou ainda na ausência de força normativa, o que acontece por ausência da atuação do Poder Legislativo, ou ainda o não cumprimento de normas por parte do Poder Executivo.

A respeito da semelhança, o Ministro Barroso afirma:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2009 p. 6)

Na mesma linha, o atual Ministro da Suprema Corte Brasileira, Luís Roberto Barroso afirma que:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. (BARROSO, 2009, p. 3)

Neste mesmo diapasão, faz acentuado destaque:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2012 p. 6)

Segundo Oscar Valente Cardoso:

O ativismo judicial pode ser resumido na atitude dos juízes de interpretar as normas jurídicas sem se limitar às restrições formais e objetivas, e levando em conta que a aplicação das leis é variável, no tempo e em cada caso concreto. Isso pode causar a extensão de direitos não expressamente previstos em lei ou na Constituição, motivo pelo qual se afirma que essa postura judicial importa na “criação” de direitos, a partir de uma interpretação ampliativa de normas escritas, ou com fundamento em princípios jurídicos genéricos (igualdade, razoabilidade, dignidade da pessoa humana etc) (CARDOSO, 2011).

Neste ponto, se de um lado existe um cidadão, uma categoria que leva ao Poder Judiciário, judicializando determinada questão que não foi resolvida pelo Poder Executivo, nem pelo Poder Legislativo, do outro lado espera-se uma atitude do Poder Judiciário, em relação a essa questão. O fato da judicialização acarreta uma atitude do Poder Judiciário. Daí, essa atitude do juiz, ao tomar uma decisão, pode ser expansiva com relação a Constituição, logo, “o reconhecimento de que deve caber ao Judiciário a última palavra acerca da interpretação da Constituição e das leis” (BARROSO, 2010 p. 293).

Como exemplo, nos recordamos que algumas categorias de servidores públicos fizeram greve, com alegação de que as greves eram permitidas dentro da Constituição Federal. Exigiam que o Poder Legislativo usasse de sua atribuição e legislasse sobre uma norma para regulamentar, de forma específica, tal direito a greve dos servidores públicos, como a prevista para os trabalhadores celetistas. Essa causa foi judicializada. O Supremo Tribunal Federal, adotando uma postura ativista entendeu que o ideal seria adotar, enquanto não houvesse uma norma do Poder Legislativo em relação aos servidores públicos, adotar a lei que é destinada aos funcionários privados.

Neste ponto, observando a postura do magistrado, preleciona Celso Fernandes Campilongo:

“A magistratura ocupa uma posição singular nessa nova engenharia institucional. Além de suas funções usuais, cabe ao Judiciário controlar a constitucionalidade e o caráter democrático das regulações sociais. Mais ainda: o juiz passa a integrar o circuito de negociação política. Garantir as políticas públicas, impedir o desvirtuamento das ações estatais, enfrentar o processo de desinstitucionalização dos conflitos – apenas para arrolar algumas hipóteses de trabalho – significa atribuir ao magistrado uma função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva. Aplicar o direito tende a configurar-se, assim, apenas num resíduo de atividade judiciária, agora também combinada com a escolha de valores e aplicação de modelos de justiça” (CAMPILONGO, 2005, p. 49)

Promulgada a Constituição Federal de 1988, houve a redemocratização do país, assim, logo se notou o fortalecimento do Poder Judiciário, principalmente no Supremo Tribunal Federal, contudo por ter um novo olhar para as demandas que buscam consolidação da justiça social. Sobre o tema, Barroso justifica da seguinte maneira:

Com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais (BARROSO, 2008).

Portanto, ativismo judicial é a participação mais ampla do juiz que, notando uma lacuna, toma uma decisão, tem uma atitude para suprimindo essa lacuna de forma a expandir os direitos fundamentais, os direitos que estão na constituição. Por outro lado, a crítica é que isso pode torna o judiciário como um “super poder” ao Poder Judiciário, o que pode desequilibrar a relação que os três poderes tem, ao passo que não deve existir hierarquia entre os poderes, cada poder tem e deve ser independente e nenhum pode se sobrepor ao outro. (MONTESQUIEU, 2007, p. 113).

O mundo moderno trouxe suas complexidades, não se vive no mundo o qual teoria da separação dos poderes concebida, no século XVIII por Montesquieu, no qual o papel do juiz era apenas aplicar as lei de forma automática aquilo que o Poder Legislativo decidia. Nos dias atuais o juiz tem uma atividade bem mais criadora, porém que possui certos limites que não podem ser extrapolados.

Diante do fenômeno mundial que é o ativismo judicial, não podemos deixar de mencionar na teoria da separação dos poderes, consagrada pelo artigo 2º da Constituição da Federal de 1988, que preceitua de maneira clara e evidente que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Se os poderes devem ser harmônicos, independentes e não interferir uns aos outros. Mas como explicar que o poder judiciário atua para suprir lacunas existentes na legislação ou efetivando direitos face o descaso do poder executivo? Não podemos concluir que seja uma usurpação de competência, ou interferência entre os poderes, mas sim buscar uma efetivação dos direitos consagrados na Constituição Federal de 1988.

Destacamos ainda a grande importância das relações entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, cada poder possui função predominante compostas por funções típicas e atípicas. Os poderes são independentes, porém, sua convivência deve ser harmônica, pois são os fatores essenciais à democracia, bem como para o desenvolvimento.

Por outro ângulo, não dever deixar de comentar acerca do lado antagônico do conceito de ativismo judicial, a autocontenção judicial é justamente a conduta de interferência mínima nos demais poderes.

Vejamos o posicionamento de Luís Roberto Barroso;

O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir ao mínimo sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação de juízes e tribunais no Brasil. (BARROSO, 2010. p. 292)

Se de um lado o ativismo é uma forma elástica de que dispõe o magistrado para atuar em conformidade com a lei, com os princípios constitucionais, sem invadir outros poderes, podemos considerar que o, por outro lado o judiciário não pode se tronar o protagonista do processo político, pois isso seria tenebroso para a democracia. Em uma democracia é muito importante para que haja, uma espaço para a deliberação democrática, no parlamento o engajamento da sociedade civil, de maneira o ativismo judicial pode mitigar essa dimensão da vida pública. De outra banda o judiciário pode e deve contribuir em certas searas, em certos aspectos na vida social, principalmente quando o processo político majoritário não funciona. Um recente exemplo, na proteção das minorias, foi o caso do reconhecimento da união homoafetiva, que é uma demanda importante, de direitos fundamentais que envolve uma minoria, estas estigmatizadas, cujos as demandas não eram acolhidas no âmbito do processo político parlamentar. Esse foi um caso de ativismo judicial, esse tipo de ativismo muito bem-vindo.

O grande problema, seria idealizar um judiciário com uma solução de todos os problemas nacionais, dessa forma construir práticas que esvaziasse a política parlamentar, devendo evitar esse tipo de acesso possa acontecer, de outra forma seria considerado um ato atentatório para justiça, bem como para democracia.

Não se pode entender ativismo judicial, como uma espontaneidade, ou seja, o entendimento que o juiz possa agir por conta própria, sabendo que nenhum juiz ou o judiciário como um todo não vá agir de ofício, mas sim quando provocado, de acordo com o princípio da inercia do magistrado. Hodiernamente, tendo em conta especialmente a Constituição de 1988, que é uma Constituição Cidadã, baseada fundamentalmente em princípios, deixando um espaço muito grande de movimentação para o Poder Judiciário. Este poder não pode e nem deve se apegar a regras muito rígidas que estão em códigos tradicionais, mas deve basear suas decisões em princípios, devendo ser essa a razão do protagonismo do Poder Judiciário, dentro da esfera de competência, sem atropelar qualquer outro dos poderes da União, mas sim ampliar o espaço da esfera dos direitos fundamentais que estão consignados na constituição.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS

Nas últimas décadas muito se falou em políticas públicas, o Brasil, um país de tamanho extenso de grande complexidade e desafios sociais e que ainda caminha de forma lenta em prol de uma transparência pública ideal. Sabendo disso, tentaremos buscar um conceito de políticas públicas, pois estão relacionadas ao planejamento no setor público, bem como a qualidade desse planejamento e sua efetivação, estão diretamente ligados a qualidade da nossa vida. As políticas públicas afetem todos os indivíduos independente de gênero, raça, grau de escolaridade, nível social ou religião.

Abrangendo várias áreas como habitação, educação, saúde, segurança, meio ambiente. Entretanto, imprescindível o conceito de políticas públicas dentro da orbita da ciência do direito, razão pela qual, será possível perceber uma conceito com notas de outras ciências como, sociologia, política, antropologia, vez que, o direito por si só não é o bastante para um conceito de tema tão relevante.

Faz necessário trazer à baila, a visão de Rodrigo Albuquerque de Victor, 2011: "(...) a ideia hodierna de política pública guarda íntima relação com o aparecimento do Estado do bem-estar (Welfare State) – dirigente e prestacional –, marcado pelo compromisso de promover os reclamos sociais".

Segundo Maria Eliane Menezes de Farias:

[...] as políticas públicas podem ser entendidas como respostas do Estado a demandas sociais de interesse da coletividade. Estas podem ser chamadas de 'o Estado em ação', pois o Estado as implementa por meio de projetos e de ações voltadas a setores específicos da sociedade. No entanto, as políticas públicas não estão restritas à burocracia pública na sua concepção e implementação e não podem ser reduzidas a políticas estatais. É necessário que o Estado trabalhe em parceria com a sociedade civil para que desenvolva amplamente sua capacidade de cumprir seus papéis mais relevantes visando garantir direitos mediante a implementação de políticas públicas (FARIAS, 2003, p. 75)

Destacamos ainda o pensamento de Maria Paula Dallari Bucci, ao tratar do tema:

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, a 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).

Segundo Felipe de Melo Fonte, em seu escrito *Políticas públicas e direitos fundamentais* (2013) “Políticas públicas compreendem o conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração Pública”. De forma não diferente, temos o posicionamento de Eros Roberto Grau, “A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social”. (EROS GRAU, 2003 p. 25).

A Constituição Federal de 1988, traçou metas, estas com o condão de um alcance pleno do bem-estar social, a finalidade de um pacto político e social, sendo indicações não informais servindo de cenário para as ações governamentais.

Neste sentido, Bercovici leciona:

A Constituição Dirigente não estabelece uma linha única de atuação para a política, reduzindo a direção política à execução dos preceitos constitucionais, ou seja, substituindo a política. Pelo contrário, ela procura, antes de mais nada, estabelecer um fundamento constitucional para a política. [...] Cabe ao governo selecionar e especificar sua atuação a partir dos fins constitucionais, indicando os meios ou instrumentos adequados para a sua realização. Desta forma, a Constituição dirigente não substitui a política, mas torna-se a sua premissa material”. (BERCOVICI, 2005, p. 58-59).

De fato, todos os conceitos apontam que o Estado, neste ponto, nos referimos ao governo Federal, Estadual e Municipal, sendo estes os provedores do conjunto de programas de ações com o fim de cumprir os objetivos traçados na Constituição Federal de 1988, incluindo a participação, seja direta ou indireta de entes públicos e privados. Para tanto, a ausência, ou ineficácia, ou até mesmo falta de gestão pode implicar que esses programas não chegue para boa parte da população.

Na visão de Bucci:

As políticas públicas funcionam como instrumentos de aglutinação de interesses em torno de objetivos comuns, que passam a estruturar uma coletividade de interesses, Segundo uma definição estipulativa: toda política pública é um instrumento de planejamento, racionalização e participação popular. Os elementos das políticas públicas são o fim da ação governamental, as metas nas quais se desdobra esse fim, os meios alocados para a realização das metas, e finalmente, os processos de sua realização. (2006, p.39)

Políticas públicas são instrumentos capazes de amenizar desigualdades e promover o desenvolvimento regional, para isso, a performance a ser desempenhada pelo Estado deve ser linear, objetivando uma maior efetivação dos direitos fundamentais, devendo esse ser o objetivo e o meio para alcançar uma certa mitigação das desigualdades.

Quando o Estado não atua, as pessoas buscam a efetivação dessas políticas públicas perante o poder judiciário, através de demandas que visam, acesso a saúde, medicamentos, educação, moradia, saneamento básico, inclusão em programas sociais designados por parte do Estado, esses obtém êxito, como demonstrar os inúmeros processos litigados em todo o País, mesmo sendo uma garantia constitucional, mesmo sendo dever dos demais poderes, o poder judiciário desempenha o papel de efetivar direitos sociais através das suas decisões.

Como leciona Canotilho:

“(…) os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, pratica das ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas” (CANOTILHO, 1993, p. 373).

O poder legislativo e o poder executivo devem promover as políticas públicas imprescindíveis para o contentamento automático dos direitos fundamentais, ao passo que, a inércia desses poderes acaba por levar demandas ao Poder Judiciário, claro, através da insatisfação de indivíduos, que buscam no judiciário uma forma de ter acesso a políticas públicas, neste caso judicializando, buscando no judiciário uma forma concreta de efetivação dos direitos, demonstrando existência de uma norma ou ausência da mesma, fazendo com que a atitude do magistrado seja um tanto de ativismo judicial.

4. EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS ATRAVÉS DO JUDICIÁRIO

No Estado Liberal de Direito, os juízes se restringiam apenas a aplicação da norma, estavam atrelados a vontade do legislador, mesmo quando a matéria a ser julgada fosse a efetivação de serviços sociais. Já no Estado Democrático de Direito, este ampliando e garantindo o respeito aos direitos humanos e garantias fundamentais, estabelecendo um amparo jurídico. O contrário seria como explica Gilberto Bercovici: “eliminar a função assistencial e redistributiva do Estado seria deslegitimá-lo de maneira irreversível”. (BERCOVICI, 2005, p. 64)

No mesmo sentido, Lenio Streck:

No Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. A Constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate

dos direitos não realizados. Por isso a inexorabilidade desse ‘sensível deslocamento’ antes especificado (STRECK, 2004, p.54).

A partir desse esboço podemos destacar que a postura do julgador é preponderante para efetivação dos direitos, como visto anteriormente o papel do magistrado ao julgar uma demanda, torna-o em protagonista, seja perante a uma lacuna normativa, seja por ineficácia dos *modus operandi* da execução de políticas sociais, o Poder Judiciário tomou esse posto após 1988.

Lançando outro prisma, pode-se dizer que o ativismo judicial abre um certo espaço no sistema democrático, haja vista cria um canal direto, fazendo com que o judiciário seja responsável a dar voz e visibilidade à sociedade civil. Vivemos em meio a um sistema político burocrático e de difícil acesso, sem esse acesso para discutir com o poder parlamentar, abre-se espaço para um procedimento jurisdicional, segundo Cappelletti:

[...] em direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamental direito de serem ouvidas. Nesse sentido, o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade política (CAPPELLETTI, 1993, p.100).

Neste caso, o ativismo judicial, presente quando o magistrado toma pra si a responsabilidade de fazer garantir a eficácia de direitos, sem invadir o campo da criação de normas, que pertence ao Poder Legislativo, sendo mais uma forma de potencializar a interpretação, buscando com a interpretação retirar o máximo da Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988 apresentou mecanismos de proteção para os direitos sociais, porém, tais mecanismos ainda não são de toda forma totalmente eficazes, por diversos motivos, podemos citar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, consagrada no artigo 103, §2º, que pouco ajudou até o presente momento, de igual forma, até 2016 não havia uma lei para regulamentar o mandado de injunção, mecanismos de extrema importância para proteção de direitos sociais, quando da ausência de leis que as garantam.

As políticas públicas tem o condão de promover o desenvolvimento e são aplicadas em todas as áreas sociais, neste passo, o problema é que essa meta nem sempre é alcançada de acordo com a vontade dos gestores públicos. Essas diretrizes voltadas para solução de problemas públicos, que podem ser da área de educação, saúde, turismo, desenvolvimento econômico, todas essas áreas são referente as políticas públicas. Um conceito moderno é que não apenas o poder público sozinho faz política pública, mas também compartilha essa responsabilidade com vários atores, com redes de associações, movimentos sociais, meios de

comunicação, essas políticas públicas vem sendo ampliada mais voltada para o foco na resolução dos problemas públicos do que sobre o ator que faz a política pública, no caso o ator governamental.

A grande responsabilidade por elaborar políticas públicas, são dos Poderes Executivo e Legislativo, contudo o Poder Judiciário tem o seu papel, quando o mesmo edita uma súmula vinculante, quando cria uma jurisprudência sobre determinado assunto, na maioria das vezes quando se trata de minorias.

Promover o desenvolvimento é fundamental, nos últimos anos o Brasil superou algumas questões quanto a miséria, retirando milhares de brasileiros da linha da pobreza através de políticas públicas como o fome zero e bolsa família, gerando assim, desenvolvimento para as regiões.

Sobre o desenvolvimento em questão, trazemos o posicionamento de Gilberto Bercovici: “a participação social, política e cultural dos grupos tradicionalmente considerados como ‘objeto’ do desenvolvimento, que devem tornar-se ‘sujeitos’ deste processo”. (BERCOVICI, 2005. p. 54)

Nos dizeres de Uadi Lammêgo Bulos, preleciona que;

“O Estado, ao instituir os serviços públicos, com o intuito de tornar operativas as disposições definidoras de direitos sociais, oferece, apenas, uma garantia de índole institucional. Isso não é o suficiente. Só mediante profunda mudança de mentalidade para a eficácia social de tais dispositivos se realizar. Urge que nossos legisladores saiam do período da programaticidade e ingressem na fase de efetividade dos comandos constitucionais positivados. Nada adiantam promessas, programas de ação futura, normas de eficácia contida ou limitada, se os Poderes Públicos não as cumprirem plenamente, criando, para tanto as condições necessárias. Resta, pois, que todos os segmentos da sociedade, sem distinções, cobrem a execução concreta dos preceitos constitucionais, principalmente num país de significativa inflação legislativa e de reformas inoportunas e despropositadas como o Brasil, onde tudo é nivelado por baixo e o respeito ao homem é quase inexistente”. (BULOS, 2011, p. 790)

Existem inúmeros demandas levadas ao poder judiciário, postulando a efetivação de políticas públicas, seja para o fornecimento de medicamentos, cirurgias, educação, moradia, auxílio previdenciário, etc. O acesso a esses serviços estão apontados de forma constitucional, o judiciário quando provocado, responde na forma de garantir que os ditames constitucionais seja garantidos de forma igualitária.

Nesse pé de igualdade, podemos citar as audiências públicas, pois essas são de extrema importância, justamente por sua contribuição, ao processo de democratizarem o debate na jurisdição constitucional, ao invés de ser falar apenas os atores protagonistas do sistema

jurídico, a sociedade civil é convocada para participar e pode trazer seus anseios e seus argumentos.

A importância dessas audiências públicas cresce ainda mais tendo em vista um fenômeno que é tipicamente brasileiro, que é a transmissão das sessões do Supremo Tribunal Federal para milhares de brasileiros que podem acompanhar de seus locais de trabalho, lar, bem como através da internet. Logo, toda sociedade acaba tomando conhecimento daqueles debates, o maior exemplo foi o fato de que houve um maior envolvimento da população quando o Supremo Tribunal foi julgar o caso referente as pesquisas com células tronco embrionárias, do que no âmbito do próprio processo legislativo, que resultou na lei que prevê a possibilidade de pesquisas com células embrionárias. Portanto, é muito importante criar acessos da sociedade civil com o STF contribuindo para democratização da jurisdição constitucional.

O Poder Judiciário insurge, então, como uma inovação esperançosa, ampliando à democratização, adquirindo uma função de assegurar as minorias direitos fundamentais. Segundo Dirley da Cunha Júnior:

Não obstante contramajoritária em relação aos atos do parlamento, a jurisdição constitucional não é antidemocrática, uma vez que sua autoridade lhe é confiada e assegurada pela vontade suprema do povo, para controlar não só a lisura do processo político em defesa das minorias, como também o respeito pelos valores substantivos consagrados no Estado Democrático (CUNHA JR., 2010, p.61).

O cidadão não pode ter excluído o seu acesso a políticas públicas por omissão do gestor ou por ausência de lei, logo o judiciário através da prestação jurisdicional deve efetivar tal direito pleiteado, de acordo com os ditames consagrado na constituição, bem como através do que restou entendido por ativismo judicial.

Contudo, esse ativismo tem um limite, que são basicamente os traçados pela própria Constituição. São os limites dos demais poderes, não podendo o Judiciário invadir a competência do Legislativo, do Executivo por mais que exista complexidades nesse mundo contemporâneo em que vivemos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente o Brasil vive uma fase de ativismo judicial, em alguns contextos esse ativismo é muito bem-vindo, principalmente quando se trata da proteção de direitos fundamentais de minorias, também quando se trata da correção de algumas disfunções do

processo político. É muito importante que o poder judiciário assuma uma postura em defesa dos direitos da sociedade brasileira, o que vem de fato ocorrendo, muito intensamente, diga-se de passagem, após 1988.

Destacamos também que é muito importante que se reconheça um papel central de que o ativismo judicial será uma solução para os demais problemas enfrentados pelo Brasil, principalmente no campo legislativo. Contudo, em determinados campos a atuação enérgica do poder judiciário é muito importante para a concretização dos valores consagrados na constituição.

Esse tema não é apenas constitucional, mas interdisciplinar, pois obviamente envolve direito, mas também envolve ciência política, filosofia política, ou seja, envolve outros ramos, que deve ser discutido intensamente e amplamente sem corporativismo, com uma visão ampla, sendo fundamental para a legitimação das práticas judiciais, principalmente para o aperfeiçoamento do poder judiciário.

O Judiciário tem um papel importante na interpretar as normas, o ativismo provoca uma potencialização nessa interpretação, fazendo com que o magistrado possa usar todos os mecanismos de interpretação jurídica.

Portanto, o ativismo judicial corrobora com a efetividade de direitos, porém, o magistrado deve buscar entender cada caso, pois existem casos em que o ativismo que podem se opor a concretização de direitos, o que não é bem visto, uma vez que não podem confrontar com outros direitos. Não podemos afirmar se o ativismo judicial é benéfico ou maléfico, acreditamos que a discussão tem muitas nuances, devendo ser exploradas cada vez mais. Sendo assim, esse ativismo pode ser considerado como garantia de acesso a políticas públicas.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**; os fundamentos constitucionais e a Constituição do novo modelo. São Paulo: Saraiva. 2009.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.2008 Acesso em 13/05/2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal – Direitos Fundamentais e Casos Difíceis**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 19 – jan/jun. 2012.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento – uma leitura a partir da constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

_____, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11ª ed. Malheiros Editores. São Paulo: 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1998.

BULOS, Uadi Lammêngo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2011

BUCCI, Maria Paula Dallari {org.}. **“O conceito de política pública em direito”**. In: **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico**. FARIA, José Eduardo (org.). Direitos Humanos, direitos sociais e justiça. 1. Ed. 4. Tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARDOSO, Oscar Valente. Ativismo judicial ou inativismo parlamentar?. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2865, 6 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19047>>. Acesso em: 18 maio. 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle da constitucionalidade: teoria e prática**. 4.ed. rev. Salvador: JusPODIVM, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito processual coletivo**. In: RINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.p. 11-15.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MONTESQUIEU, Barão de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. **Judicialização de políticas públicas para a educação infantil**. São Paulo: Saraiva, 2011.