

Transformações do Estado, Novos Rumos para a Tutela Jurisdicional e a Proteção dos Direitos Fundamentais: do Legalismo ao Ativismo

ALEXANDRE LUNA DA CUNHA

Doutor e Mestre pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pesquisador e Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho.

Email: lunadacunha@yahoo.com.br

MÔNICA BONETTI COUTO

Doutora e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Pesquisadora e Professora Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho.

Email: monicabonetticouto@yahoo.com.br

Resumo: Este artigo tem por escopo analisar as transformações pelas quais passaram os modelos de Estado no cenário contemporâneo, tendo em vista, em especial, a atuação do Poder Judiciário, relacionando-a, também, com a configuração atual do Estado Democrático de Direito, ocorrido, no Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988. Essa reflexão se debruçará na dicotomia existente entre a positivação de direitos fundamentais e a não efetivação destes direitos. Para tanto, o estudo será dividido em três partes principais. Inicialmente, realizar-se-á uma breve contextualização histórica dos modelos de Estado do cenário contemporâneo, com foco na atuação do Poder Judiciário, para, em um segundo momento, proceder ao exame específico da recente produção do Poder Judiciário Brasileiro e das circunstâncias que levaram ao desenvolvimento do fenômeno do ativismo judicial. Por fim, serão analisados os reflexos do protagonismo do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, bem como suas consequências em toda estrutura de poder.

Palavras-chave: Tutela Jurisdicional; Direitos Fundamentais; Políticas Públicas.



Transformações do Estado, Novos Rumos para a Tutela Jurisdicional e a Proteção dos Direitos Fundamentais: do Legalismo ao Ativismo

Alexandre Luna da Cunha¹

Mônica Bonetti Couto²

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, na qual foram garantidos os direitos fundamentais da pessoa humana, em um cenário de Estado Democrático de Direito, surgiu a necessidade de concretizar tais direitos. Diante disso, foi notada uma acentuada atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, “com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” e inevitáveis reflexos no sistema de repartição de competências, bem como no orçamento econômico financeiro do país.³

Nesse sentido, o propalado “ativismo judicial” é resultado prático de um novo constitucionalismo, mais pautado na efetivação dos anseios (sociais e de justiça) delineados no texto constitucional,

1 Doutor e Mestre pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pesquisador e Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho. E-mail: lunadacunha@yahoo.com.br.

2 Doutora e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pesquisadora e Professora Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho. E-mail: monicaboneticouto@yahoo.com.br

3 Nessa perspectiva, “A crítica que procura refrear essa nova perspectiva hermenêutica está justamente na oposição à **ampliação da jurisdição**, sendo comum que a doutrina, a mídia e a sociedade discutam a atividade jurisdicional questionando se o judiciário está tomando para si a determinação de políticas públicas, passando a legislar e a impor a ação executiva onde anteriormente residia a discricionariedade administrativa e legislativa dos representantes eleitos.” TORRENS, Haradja. A hermenêutica jurídica na perspectiva pós-positivista: A judicialização das relações sociais. In: ZOVICO, Marcelo Roland (organizador). *Filosofia do Direito: Estudos em Homenagem a Willis Santiago Guerra Filho* – São Paulo: Editora Clássica, 2012. p.154 (grifamos).

associado, portanto, a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.

As origens do ativismo judicial, segundo Barroso (2007, p. 105), remontam à jurisprudência norte-americana. É de se destacar, que os primórdios do ativismo judicial foram de natureza conservadora, sendo que a atuação mais proativa da Suprema Corte se dava na busca de amparo para a segregação racial e invalidação de leis locais em geral.

Tendo em vista o fortalecimento deste fenômeno no Brasil, o presente trabalho tem por escopo analisar a relação entre corte constitucional, jurisdição constitucional e ativismo judicial, refletindo acerca da atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais e, por consequência, na determinação e implementação de políticas públicas. Em termos pragmáticos, pretende-se responder à seguinte indagação: Como o ativismo judicial surge no contexto da corte constitucional e da aplicação da jurisdição constitucional em termos de efetivação dos direitos sociais e, por consequência, na determinação e implementação de políticas públicas?

A fim de atingir os objetivos supramencionados, a pesquisa está desmembrada em três partes principais. Em um primeiro momento, realizar-se-á uma breve contextualização história da atuação judicial, desde os primórdios legalistas até os tempos atuais. Na segunda parte do trabalho, far-se-á uma ponderação do sistema judiciário brasileiro, tendo em vista os fatores que acabaram por culminar no fortalecimento do fenômeno do ativismo judicial nas cortes nacionais. Por fim, serão analisadas as consequências e implicações que essa prática traz para o país, visando as políticas públicas e a lógica de legitimidade democrática.

Nesse sentido, por meio de pesquisa jurídico-teórica, dissertar-se-á sobre o tema proposto, destacando implicações doutrinárias e jurisprudenciais, analisando o papel ativo e autônomo dos juízes

e tribunais na elaboração do direito, buscando demonstrar se a atuação do Poder Judiciário resta conformada com os postulados de legitimidade democrática.

1. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA ATUAÇÃO JUDICIAL.

Inicialmente, imperioso averiguar qual a relação entre corte constitucional, jurisdição constitucional e ativismo judicial, a fim de possibilitar importante reflexão acerca da atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais, bem como sua consequência na determinação e implementação de políticas públicas.

Para tanto, faz-se necessária a análise da atuação da corte constitucional e da jurisdição constitucional, assim como da atuação do Poder Judiciário em cada um dos Estados de Direito: o Liberal, o Social e o Democrático. O propalado “ativismo judicial”, é resultado prático de um novo constitucionalismo, mais pautado na efetivação dos anseios (sociais e de justiça) delineados no texto constitucional.

A teoria jurídica clássica e hegemônica nos países de Direito codificado propugna pela ideia de que o Direito e sua aplicação devem ser fundados na subsunção do fato à norma, erigida e proclamada pelo Poder Legislativo como o Direito (positivo) de uma nação. Esta é uma concepção do Direito presente em nosso cotidiano jurídico e que tem seus precedentes históricos no Estado Liberal, implementado na Europa e América do Norte após as revoluções burguesas. Inicialmente, para fins metodológicos, teremos como base de análise a Revolução Francesa e os modelos jurídicos adotados nos países da Europa central, já que o Direito Brasileiro se consolidou a partir destes últimos.⁴

⁴ Em especial, baseado em BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 7.ed. 2.tir. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 37.

É necessário destacar, em especial, a análise de Tocqueville (1998, p. 82) acerca de estruturação de poderes na República dos Estados Unidos da América, que assim se manifestou:

O que o estrangeiro com maior dificuldade compreende nos Estados Unidos é a sua organização judiciária. Por assim dizer, não há ocorrência política para a qual não ouça ele ser chamada a autoridade do juiz; e conclui, à vista disso, naturalmente, que o juiz é, nos Estados Unidos, uma das primeiras forças políticas. Depois, quando passa a examinar a constituição dos tribunais, só descobre nela, a princípio, atribuições e hábitos judiciários. Aos seus olhos, o magistrado nunca parece introduzir-se nos negócios públicos a não ser por acaso; mas esse mesmo acaso repete-se todos os dias.

Em um primeiro momento, cumpre-nos levantar a explanação de Tocqueville (1998, p. 89) sobre a perplexidade de um estrangeiro sobre o modo de estruturar e organizar o Estado e o Poder Judiciário nos Estados Unidos.

Assim, utilizando os ensinamentos de Hart (1994, p. 12) sobre a posição do intérprete no sistema jurídico, para estudar como são tomadas as decisões judiciais nas cortes superiores, Ponthoreau (2012, p. 7-8) demonstram que há uma oposição epistemológica entre os sistemas da *common law* e da *civil law*. Consequentemente, há dois contextos diferenciados para se chegar a uma resolução de conflito: o da tomada de decisão, propriamente dita, e o da descoberta de justificação e racionalidade da dita decisão, com a argumentação utilizada para a motivação da sentença.

Isso porque os sistemas da *common law* por um lado, e o romano-germânico, por outro, dependem da tradição e culturas jurídicas dos respectivos sistemas, que podem gerar formas muito diferentes de atuação de um juiz, pois o método indutivo, empírico-prático (pragmático) é típico dos Estados anglossaxônicos. Isso acarreta uma natural diferenciação na atuação do magistrado.

Por outro lado, o método dedutivo e sistemático, que busca reproduzir uma certa lógica, racionalidade e coerência é típico do chamado sistema romano-germânico⁵.

O Brasil, por exemplo, como Estado cujo Direito (positivo) é estruturado num sistema jurídico fechado, legalista e codicista, tipicamente romano-germânico, está disposto num acervo pretendidamente intemporal, que culmina em proposições gerais que se manipulam dedutivamente. Nesses sistemas, há uma certa pretensão de totalidade em sua positivação – cuja tarefa deverá ser desenvolvida, precipuamente, pelo Poder Legislativo, a quem incumbe como função típica a inovação da ordem jurídica, por meio das leis.

A formulação clássica (e liberal) do Poder Judiciário foi delineada pela ideia de neutralidade política deste poder, isso porque na modernidade, com o monopólio estatal da criação e da aplicação do Direito, a decisão judicial deriva da aplicação de uma norma preexistente a um caso concreto, conforme Abrão (2000, p. 135):

Se o Estado surge como um terceiro mediador dos conflitos para o estabelecimento da paz, essa leitura de neutralidade frente aos conflitos é repassada para o Poder Judiciário, a quem caberá julgá-los em nome do poder estatal. A neutralidade do juiz é uma consequência da neutralidade do Estado, ou melhor, o sistema de tribunais afirma a neutralidade estatal na vida social.

5 Josef Esser, há quase sessenta anos, ao trabalhar a questão do uso de princípios e normas na elaboração jurisprudencial da *common law*, ensina que se reconhece aos tribunais a autoridade legal para criação de princípios e regras, em que os conceitos jurídicos são desenvolvidos de modo puramente heurístico de forma que, uma vez fixados os precedentes judiciais, assumem estes a condição de paradigmas, chaves, para a compreensão jurídica do problema e a elaboração de uma solução justa sobre o caso. Na *common law*, portanto, o processo de descobrimento do sistema pode ser assim descrito: um método de formação de normas afiançado pela tradição, onde o princípio forma o ponto de partida de um desenvolvimento jurisprudencial aberto, método que, graças à existência de um acervo de regras técnicas sobre a elaboração de uma norma, parte de precedentes obrigatórios e garante a continuada concreção das máximas, em uma estrutura linear, uma instrução exata. ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961. p. 24.

Esta neutralidade do Judiciário e a predominância do Legislativo é fruto dos princípios da legalidade e o da subsunção racional-formal. Montesquieu (2004, p. 202), um dos principais teóricos da separação dos poderes, demonstra sua preocupação com o excesso de poder concentrado nas mãos dos magistrados do Antigo Regime, afirmando que:

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Assim, o Poder Judiciário foi concebido sob a perspectiva deste direito pretensamente completo, coerente e hierárquico, com princípios bem delineados para a resolução de (possíveis) antinomias.

Aos juízes, portanto, caberia um simples raciocínio silogístico: cuja premissa maior, universal, está constituída pelo enunciado da lei; a premissa menor, particular, pelo enunciado dos fatos, do qual se infere como conclusão um enunciado que aplica ao descrito na premissa menor a qualificação jurídica contida na maior, em outras palavras, a subsunção dos fatos às normas legais. Logo, “com a força lógica do silogismo se afiançava a ideia de que a atividade jurisdicional não constituía obstáculo para a realização dos ideais de certeza e segurança jurídica”, conforme Ramóncapella (1997, p. 145).

Assim, como verifica Faria (1995, p. 29-30), a atividade judicial era entendida:

Como simples administração da lei por uma instituição tida como ‘neutra’, ‘imparcial’ e ‘objetiva’, ficando o intérprete/aplicador convertido num mero técnico do direito positivo. Como o que importa não é a explicação, a compreensão e a orientação dos comportamentos jurídicos, e sim a tipificação e sistematização de situações normativas hipotéticas, ao agir de modo técnico, isto é,

sem preferências valorativas e imune às paixões políticas, o juiz não se limita a atuar tendo em vista apenas a consecução das garantias formais, da certeza jurídica e do império da lei, postulados fundamentais do modelo/paradigma liberal burguês do Estado de Direito; ele também desempenha o papel profissional ‘competente’ na integração dos atores considerados ‘disfuncionais’ da vida social. Sua neutralidade e sua imparcialidade, conjugadas com uma hermenêutica positivista que o obriga a interpretações restritivas e objetivas dos códigos, convertem-se em condição básica para a legitimação de uma concepção específica de ordem e segurança. Trata-se, pois, de uma **concepção passiva de** instituição judicial. (grifo nosso)

A teoria da separação dos poderes “foi concebida num momento histórico em que se pretendia limitar o poder do Estado e reduzir ao mínimo sua atuação. Mas a evolução da sociedade criou exigências novas, que atingiram profundamente o Estado”, conforme assevera Dallari (2010, p. 186). E, dentre as consequências de tais transformações, especificamente, houve mudanças no papel que o Poder Judiciário deveria desempenhar. Se, nas primeiras configurações dos Estados de Direito não havia interferência estatal nos assuntos privados, a vinda do Estado Social caracterizar-se-ia pelo intervencionismo do Estado nas relações sociais.⁶

As transformações próprias do período do Estado Social exigiram, de certa forma, algumas modificações na postura dos operadores jurídicos, o que não ocorreu de forma tranquila, tendo em vista que «o primado básico do Estado Liberal se mantém, a despeito de o Estado ter-se transformado em Intervencionista, qual seja: a separação entre os trabalhadores e os meios de produção”, como destacam Streck e Moraes (2000, p. 58).

6 Importante ressaltar a formulação feita por Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan Moraes quanto ao não intervencionismo do Estado Liberal: “o grau zero de intervenção é ideal nunca alcançado, pois sempre houve políticas estatais de algum tipo ou, porque, como se percebe o Estado liberal requer qualidades e pressupostos igualitários, além de uma competição equilibrada”. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 49.

As lutas sociais foram decisivas para a aceleração da passagem do Estado Liberal para o Estado Social, como bem destaca Santos (1995, p. 165): a “igualdade dos cidadãos perante a lei passou a ser confrontada com a desigualdade da lei perante os cidadãos”, forçando o delineamento de um Estado: “ativamente envolvido na gestão dos conflitos e concertações entre classes e grupos sociais, e apostado na minimização possível das desigualdades sociais”.

Neste contexto, a lei passa a ser a possibilidade concreta de intervenção estatal, o que levou à uma modificação do equilíbrio na correlação de forças dos poderes estatais. Se, no período anterior, o Poder Legislativo assumia uma certa preponderância sobre os demais, no Estado Social a preponderância será assumida pelo Poder Executivo, como destacam Streck e Moraes (2000, p. 65): “o Princípio da Legalidade e o da Separação de Poderes foram mantidos tão somente sob o aspecto formal, tendo sido, na prática, ab-rogados em razão da intensa atividade legislativa praticada pelo Executivo”.

Portanto, verifica-se que o Princípio da Legalidade, neste período, foi mantido apenas formalmente, abrindo brechas para que o Poder Judiciário assumisse uma postura mais independente, em detrimento de sua neutralização, própria do Estado Liberal. Santos (1996, p. 35-44) descreve o dilema vivido pelo Poder Judiciário neste período:

Se continuassem a aceitar a neutralização política vivida no período anterior, preservando no mesmo padrão de desempenho clássico, reativo, de microlitigação, poderiam certamente continuar a ver reconhecida pacificamente pelos outros poderes do Estado a sua independência, mas fa-lo-iam correndo o risco de se tornarem socialmente irrelevantes (...) se aceitassem a sua cota-parte de responsabilidade política na atuação promocional do Estado (...) corriam o risco de entrar em competição com os outros poderes e de, como poder mais fraco, começar a sofrer as pressões do controle externo, quer por parte do Poder Executivo, quer por parte do Poder Legislativo.

O Estado Social passou a exercer o papel de fomentador das garantias sociais, assumindo assim, “a gestão da tensão que ele próprio cria, entre justiça social e igualdade formal; dessa gestão são incumbidos, ainda que de modo diferente, todos os órgãos e poderes do Estado”, conforme afirma Santos (1996, p. 35-44). Nesse aspecto, o Poder Judiciário, após a consagração dos direitos sociais (de segunda dimensão) em textos constitucionais, passou a exercer uma prestação positiva, ou seja, um papel mais interventivo junto às necessidades sociais. Diferentemente do que ocorria no Estado Liberal, que cumpria o papel de garantidor dos direitos civis (de primeira dimensão), por intermédio da sua não-intervenção junto à sociedade.

Nos anos de 1970, o Estado Social passa a ser alvo de diversas crises, inicialmente pautadas pelas discussões acerca da questão do financiamento do Estado - incapacidade da arrecadação dos impostos pelo Estado para a realização das demandas sociais crescentes e pungentes, com a estagnação das economias mundiais, gerando uma crise econômica de produção por um lado e, por outro, o conseqüente aumento das despesas sociais, desequilibrando a relação de despesas e receitas das contas públicas. Em continuidade, já nos anos 80, torna-se clara a complexidade da crise, que passa a atingir outros dois aspectos do Estado Social: o ideológico e o filosófico.

A crise ideológica pode ser entendida como a crise da legitimação do Estado Social, na medida em que a relação existente entre Estado e sociedade civil é tão distante que esta não participa da execução das atividades daquele, criando uma situação de oposição entre as duas esferas. A sociedade espera a resolução de seus problemas, por meio de políticas do Estado, mas ao mesmo tempo, não reconhece as medidas governamentais como suficientemente legítimas para suas necessidades, como bem ensina Rosanvallón (1997, p.15 e p. 30, respectivamente):

A dúvida sobre o Estado-Providência não pode, portanto, ser entendida tão somente do ponto de vista da regulação dos equilíbrios econômicos que o regem. Não é apenas a extensão do Estado ou o peso das despesas sociais que está em causa. Esta dúvida manifesta um abalo muito mais profundo: são as relações da sociedade com o Estado que são questionadas. Assim, os impostos aumentaram sem que ocorresse o mínimo elemento simbólico de reformulação do compromisso social. A redução das desigualdades revela-se, assim, menos legítima: não foi acompanhada por uma vontade ou por uma palavra da sociedade sobre si mesma.

A crise filosófica é entendida como consequência natural da crise ideológica como destaca Moraes (1999, p. 61):

Atinge exatamente os fundamentos sobre os quais se assenta o modelo do bem-estar. Esta crise aponta para a desagregação da base do estado de Bem-Estar, calcada na solidariedade, impondo um enfraquecimento ainda maior no conteúdo tradicional dos direitos sociais, característicos deste Estado a partir de uma relação clientelista que irá se construir entre o cidadão e o Estado.

Na busca de possíveis soluções à crise, ganha destaque, nos mesmos anos 80, o projeto *neoliberal*, que diante da incapacidade de reformulação do Estado Social, propõe um retorno à não intervenção estatal. Uma das mais severas consequências desta crise no âmbito dos poderes estatais é a perda do monopólio de suas funções: o monopólio de produção do Direito é quebrado pelo surgimento de outros focos de elaboração legislativa (surgimento da *lex mercatoria*, por exemplo), que desembocam numa espécie de caos normativo ou perda de unidade do sistema. Para Santos (1996, p. 37), a perda de unidade do sistema é decorrência do projeto neoliberal de desregulamentação da economia, e este é um processo contraditório na medida em que:

Depois de décadas de regulação, a desregulamentação só pode ser levada a cabo mediante uma produção legislativa específica e por vezes bastantes elaborada. Ou seja, a desregulamentação significa em certo sentido uma re-regulamentação e, portanto, uma sobrecarga legislativa adicional.

No âmbito do Judiciário, a crise do monopólio estatal da resolução dos conflitos é sentida, em parte, pelo excesso de litígios judiciais, pois o aumento da litigância engendra uma queda do desempenho jurisdicional, como apontado por Santos (1996, p. 38):

A massificação da litigação dá origem a uma judicialização rotinizada, com os juízes a evitar sistematicamente os processos e os domínios jurídicos que obrigassem a estudo ou decisões mais complexas, inovadoras ou controversas.

Diante das dificuldades do Poder Judiciário, a própria sociedade tende a buscar outras formas mais rápidas e eficazes de resolução dos conflitos e, conseqüentemente, de acesso à justiça. Na realidade, os novos focos de produção legislativa institucionalizam os modos alternativos de resolução de conflitos.

Além disso, várias outras situações agravam o desempenho dos tribunais junto à sociedade, como por exemplo o surgimento de litígios complexos – a partir da revolução tecnológica e do aparecimento dos direitos de terceira geração, em especial nas áreas de direito do consumidor e meio-ambiente. Essas situações demandam um maior aprofundamento teórico e prático que não foi alcançado, como assevera Santos (1996, p. 38): “a impreparação dos magistrados, combinada com a sua tendência de se refugiarem nas rotinas e no produtivismo quantitativo, fez com que a oferta judiciária fosse, nesses litígios, altamente deficiente”.

Se, no início do Estado Social os tribunais tiveram que decidir entre uma política de maior intervenção junto à sociedade, opondo-se muitas vezes aos outros poderes, ou uma postura mais de neutralidade, como no Estado Liberal; na crise do Estado Social, o dilema vivido pelos tribunais é muito mais profundo. Isto porque, da sua interferência junto aos casos mais complexos depende a sobrevivência da confiança no Judiciário, e não mais apenas um

debate sobre as definições das políticas sociais as serem adotadas, conforme destaca Abrão (2000, p. 364):

O fato é que onde houver direito a ser reivindicado, haverá de existir alguém ou algum mecanismo que o distribua. Com a perda de espaço do Estado, o Poder Judiciário, como uma instituição deste Estado, pode ver suas funções originais readequadas ou abolidas, isso dependerá da própria (re)ação de seus membros. Pois, na medida em que o Poder Judiciário deixa-se enfraquecer, corrobora no enfraquecimento do Estado e isto, por sua vez, aprofunda a crise do Poder Judiciário, num vicioso círculo. Cada vez que o Poder Judiciário não cumpre seu papel no Estado Democrático de Direito, colabora com sua própria crise. Cada vez que deixa de assegurar um direito alegando a ordem econômica internacional, cada vez que se autodenomina incapaz de defender a Constituição, cada vez que abre mão de barrar as investidas do Executivo e do Legislativo, cava sua própria cova.

Este aspecto da atuação do Poder Judiciário também é analisado por Maus (2000, p. 190):

A Justiça aparece então como uma instituição que, sob a perspectiva de um terceiro neutro, auxilia as partes envolvidas em conflitos de interesses e situações concretas, por meio de uma decisão objetiva, imparcial e, portanto, justa. O infantilismo da crença na Justiça aparece de forma mais clara quando se espera da parte do Tribunal Federal Constitucional alemão (TFC) uma retificação da própria postura em face das questões que envolvem a cidadania. As exigências de justiça social e proteção ambiental aparecem com pouca frequência nos próprios comportamentos eleitorais e muito menos em processos não institucionalizados de formação de consenso, sendo projetada a esperança de distribuição desses bens nas decisões da mais alta corte.

Assim, a crença de que o Poder Judiciário seria capaz, com seus julgamentos, de resolver toda a sorte de conflitos existentes na sociedade, cria o ambiente que a doutrina identificou como o ativismo judicial. Passa-se a perceber a imensa repercussão das decisões judiciais acerca destas situações limites que não resolvidas pelos outros poderes ou pela própria sociedade em outras arenas de poder, empurra ao Poder Judiciário essa imensa responsabilidade.

2. O JUDICIÁRIO BRASILEIRO E O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL.

O Direito nos países da Europa Central sofreu muitas modificações importantes, ocorridas principalmente após a implementação do Estado Social. Entretanto, nos países periféricos, como o Brasil, onde a cultura herdada dos regimes ditatoriais ainda está muito enraizada, deparamo-nos com práticas que negam o crescente protagonismo do Judiciário no Estado Democrático de Direito.

Ao falar-se de América Latina, especificamente o Brasil, fala-se de um país de imensas desigualdades sociais, com péssima distribuição de renda e com forte tradição de regimes autoritários. Após um longo período de regime militar ditatorial, buscou-se, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que consagrou uma série de direitos e garantias fundamentais, o processo de implementação da democracia.

Entretanto, a simples existência de uma Constituição calcada em bases democráticas não é a garantia da implementação de um modelo democrático. É preciso levar em consideração, também, a ressalva de Santos (1996, p. 44) de que os “países periféricos e semiperiféricos se viram na contingência de consagrar constitucionalmente ao mesmo tempo os direitos que nos países centrais tinham sido consagrados sequencialmente, ao longo de um período de mais de um século”.

Para além dos aspectos de ordem cultural, a inefetividade de diversos dispositivos em nossa Constituição tem seus principais motivos na política implementada em nosso país desde o período de redemocratização. Ao levar em consideração o fato de não ter existido, substancialmente, no Brasil, um “Estado Social”, é possível compreender que a abertura para um regime democrático de garantia dos direitos fundamentais só poderia ter existido mediante um Estado forte, interventor.

Entretanto, o que se assistiu nos últimos tempos é justamente o contrário, ou seja, a adoção de políticas neoliberais de diminuição do Estado e enfraquecimento de sua capacidade de intervenção em nome da liberdade de mercado. A minimização do Estado, com o neoliberalismo, consolidou-se como um modelo econômico-social, principalmente após a crise do Estado Social.

A questão principal é destacada por Streck e Moraes (2000, p. 24) que afirmam: “a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou *welfare state* tem consequências absolutamente diversas da minimização do Estado em países como o Brasil, onde não houve o Estado Social”.

O Direito, que deveria ser visto como um instrumento de transformação social, não consegue ter um papel mais interventor no sentido de assegurar a efetividade de nossa Constituição. Muito pelo contrário, a inefetividade constitucional não parece afetar/preocupar a maior parte de nossos operadores jurídicos. Muitas causas podem ser atribuídas a essa apatia, Santos (1996, p. 45) elencou seis delas, segundo o autor, as mais significativas para a caracterização deste quadro.

Inicialmente, o conservadorismo dos magistrados, incubados em faculdades de Direito intelectualmente anquilosadas, dominadas por concepções retrógradas da relação entre direito e sociedade; depois, o desempenho rotinizado assente na justiça retributiva, politicamente hostil à justiça distributiva e tecnicamente despreparado para ela; em terceiro plano, uma cultura jurídica “cínica” que não leva a sério a garantia dos direitos constitucionais, vendo nelas meras declarações programáticas de conteúdo utópico; em quarto, uma organização judiciária deficiente com carências de recursos humanos, técnicos e materiais, com um Poder Judiciário tutelado por um Poder Executivo e, por fim, um direito processual hostil e antiquado.

Essas características configuram uma crise vivida pelo Direito (e sua teoria) em nosso país, como ressalta Moreira (2008, p. 261), no qual “ocorre uma disfunção do Direito e das Instituições encarregadas de aplicar a lei. O Direito brasileiro e a dogmática jurídica que o instrumentaliza está assente em um paradigma liberal-individualista que sustenta essa disfunção”.

O Direito e sua teoria sofreram muitas modificações importantes, ocorridas principalmente após a implementação e posterior decadência do Estado Social, que acabaram por distanciá-lo das propostas de teorias de direito tradicionais, as quais não são suficientes para dar conta da complexidade teórica e das novas práticas jurídicas que se desenvolveram.

Nas palavras de Moreira (2008, p. 277):

Em primeiro lugar, é oposto ao positivismo, naquilo que este mais se apoiava. Como todos sabem a estrutura do positivismo se sustentava pela separação do direito com a moral e a política (e porque não em relação à economia, que não ocupava o papel que ocupa hoje). Em segundo lugar, também se afasta das inconsistências do jusnaturalismo e nos poucos pontos que poderia ser confundido com ele, pois o neoconstitucionalismo é fundado em propostas de incremento de racionalidade, como a festejada ponderação. Finalmente e em terceiro lugar, o realismo jurídico e a sua dimensão sociológica não ficam descurados em uma proposta que age sobre o direito útil.

A politização da justiça⁷, entendida como *ativismo* coordenado na realização de políticas públicas, não representava uma realidade premente antes da atual Constituição Brasileira, sendo esporádica e não significativa, a intervenção do Judiciário nas temáticas respeitantes à comunidade.

⁷ Utilizando o conceito de FERREIRA FILHO, “*entende-se por judicialização da política a tendência a atribuir, ou submeter, aos tribunais judiciais a decisão de mérito a respeito de ações administrativas ou normas obrigatórias. Ou seja, decisões ‘políticas’, porque concernentes ao interesse da comunidade*”. In: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de 1988 e a judicialização da política. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 12, p. 189-197, 1996.p. 189.

O judiciário, como visto, mantinha-se inerte, ligado à justiça retributiva. Apenas algumas decisões em ações populares (com o alargamento dos conceitos de patrimônio e de lesividade por parte dos juízes) e na nascente ação civil pública (já na década de 1980) permitiam falar em uma atividade judiciária distributiva no Brasil.⁸

Assim, e talvez de maneira não intencional, numa busca da superação do quadro delineado acima, ensina Zaneti Junior (2014, p. 140) que a Constituição brasileira de 1988 potencializou e implementou ao máximo o papel do Judiciário e do direito, fundando um novo paradigma: o do Estado Democrático de Direito:

Trouxe para a nossa realidade institutos como o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, desvinculou o Ministério Público Federal das tarefas de defesa dos interesses da União (art. 129, IX, da CF/88), criando a Advocacia Geral da União, e subdividiu as competências dos tribunais, de forma a garantir ao Supremo Tribunal Federal a defesa “precípua” do Texto Constitucional. E continua o autor: “com aumento da legitimidade nas ações de controle de constitucionalidade das normas, criação de novos writs e recepção das ações coletivas para a tutela dos direitos coletivos lato sensu”. Essas radicais mudanças transformaram o papel do Judiciário que, de espectador passivo no paradigma legalista, passou a ser chamado a opinar em questões de dimensão política e social antes jamais imaginadas, quer em razão dos novos direitos materiais surgidos no quadro da nova Carta Magna, quer em razão da própria dimensão alargada dos instrumentos processuais postos à disposição da cidadania para garantir a efetividade desses direitos.

Nesse novo paradigma, num giro de importância, o Judiciário tem sua função reformulada e sua influência se sobressai à do

8 Ressalta-se a afirmação de FERREIRA FILHO de que “incontestavelmente [...] foi a Constituição de 1988 que, consciente ou inconscientemente, determinou ampla e visível judicialização da política”. Antes da Constituição de 1988, era negligenciável a judicialização da política no Brasil, embora nalguns pontos ela já aparecesse. Não por obra do Supremo Tribunal Federal que, no tocante ao controle de constitucionalidade, sempre assumira uma posição de contenção, mas devido à atuação de juízes e tribunais estaduais”. A Constituição de 1988 e a judicialização da política. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 12, p. 189-197, 1996. p. 191.

Executivo e à do Legislativo. Não se pode negar que o princípio da legalidade perdeu força em face da Constituição. A ideologia imanente ao atual paradigma não se sustenta naquele princípio, já que ele cedeu espaço aos enunciados constitucionais, os quais, aliás, condicionam a própria legitimidade da lei. Relativiza-se o princípio da legalidade e atinge-se, na sua plenitude, o princípio da constitucionalidade, como destacam, Delfino e Rossi (2008, p. 4).

Não faltam críticos da discricionariedade judicial exacerbada, que se distingue, nitidamente, das discricionariedades legislativa e administrativa, correspondendo à liberdade de escolha que se defere ao juiz diante de possibilidades exegéticas consistentes. Floresce ela no espaço em que os balizamentos normativos autorizam o julgador a se movimentar, porém com a sensível diferença de que o controle, nesse caso, compete ao próprio órgão ao qual foi deferido o poder discricionário, o que não significa que possa, em harmonia com o sistema, tudo fazer.

Para Ramos (2010, p. 310), há o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento, o qual incumbiu, institucionalmente, ao Poder Judiciário, atuar na resolução de litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

Se no positivismo clássico a interpretação se submete à vontade do legislador, dando ensejo ao fenômeno do passivismo judiciário, a consequência do pragmatismo e do moralismo jurídico é o ativismo subjetivista do intérprete-aplicador; amplo e explícito no primeiro caso, circunscrito e implícito, no segundo.

Em sentido contrário, no positivismo moderado ou renovado, o que prevalece é a vontade da lei, não no sentido de um pressuposto prévio, pronto e acabado, que o juiz tenha que meramente aderir, mas no de que o texto normativo objeto de exegese contém algo de objetivo, que não pode ser desconsiderado, embora constitua apenas um limite no trabalho de construção da norma de decisão, em que também conta (embora não com o mesmo peso) a vontade do intérprete.

Se as decisões judiciais não são elaboradas livremente e se, tampouco, a discricionariedade do juiz é tão ampla quanto a do legislador, é nos limites substanciais que o próprio direito a aplicar lhe impõe (e não nos procedimentos formais que deve seguir para fazê-lo - *due process of law*) que se há de buscar os critérios para a aferição da existência ou não de ativismo judiciário.

Essa preocupação também é destacada por Lima (2013, p. 108):

E isso envolve uma discussão paradigmática que está presente a todo o momento nas presentes reflexões (afinal, o Estado Democrático de Direito é um paradigma constitucional e o que dele menos se pode dizer é que dá guarida a ativismos e decisionismos judiciais).

Para Carbonnel (2005, p. 197) diversos fenômenos podem ser observados desde o início do século XX, contudo, quando há a junção de três em especial, concomitantemente, acaba-se por constituir o que se denomina “neoconstitucionalismo”: o primeiro é a inserção de diversos direitos fundamentais nos textos constitucionais, com mandados substantivos, que imponham a concretude material dos mesmos; o segundo é o surgimento de uma nova forma de agir judicial, entendida como “ativismo judicial”, em que as cortes superiores buscam consolidar, materialmente, os ditames constitucionais e, por terceiro elemento, a criação de um arcabouço teórico, com a teorização de uma hermenêutica constitucional, que além de procurar compreender o texto constitucional e a fundamentar as novas práticas jurisprudenciais, ajudam a criá-las:

Es obvio que ya existían textos con mandatos constitucionales sustantivos desde principios del siglo XX (por ejemplo, la Constitución mexicana de 1917 o la alemana de la Weimar de 1919). También es verdad que las prácticas jurisprudenciales anteriores a la Segunda Guerra Mundial habían desplegado ciertas dosis de activismo judicial que se parecen a las que actualmente observamos en países con incipientes tradiciones neoconstitucionalistas. Probablemente se pueden rastrear postulados neopositivistas desde los años 30 del siglo XX. Son elementos que sin duda alguna se encuentran en la raíz histórica y política del neoconstitucionalismo; pero lo que resulta interesante del cuadro neoconstitucional que tenemos a la vista en los primeros años del siglo XXI es el conjunto, la combinación de los tres elementos que he mencionado. Y todavía más que eso: lo novedosos son sus efectos, es decir, la observación del Estado constitucional de derecho en funcionamiento.

Para Guerra Filho (1997, p. 37):

Do Judiciário de hoje, não é de se esperar uma posição subalterna frente a esses outros poderes, a quem caberia a produção normativa. O juiz não há de se limitar a ser apenas, como disse Montesquieu, *la bouche de la loi*, mas sim *la bouche du droit*, isto é, a boca não só da lei, mas do próprio Direito.

Considerando o cenário atual no qual se encontra a justiça brasileira, mostra-se importante, a partir deste momento, analisar, de forma específica, como o desenvolvimento da atuação do Poder Judiciário na realização de direitos sociais, impacta na implementação de políticas públicas e na efetivação de direitos sociais.

3. AS CONSEQUÊNCIAS DO PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.

É recorrente a constatação de uma excessiva busca da efetivação de direitos fundamentais pela via do Poder Judiciário, o que gerou a atual situação, ademais descrita e deveras problemática, em especial por decorrência (i) do impacto das decisões judiciais

na implementação de políticas públicas pelo Poder Executivo, ante a repercussão financeira que causam e (ii) da impossibilidade de a decisão judicial ser veículo para a implementação de verdadeira política pública, dada as características do Poder Judiciário e das próprias políticas públicas.

Para tanto, busca-se analisar a (im)possibilidade de efetivação de direitos sociais mediante políticas públicas a partir da atuação do Poder Judiciário, debatendo a excessiva judicialização e os problemas inerentes à realização de direitos sociais pela via, atualmente preponderante, de acesso pelo Poder Judiciário.

Pode-se afirmar que a judicialização de direitos fundamentais decorre do fato de que muitos destes direitos previstos na Constituição Federal de 1988 ainda padecerem de falta de efetividade. Assim, cotidianamente novas demandas individuais são distribuídas ao Poder Judiciário pleiteando a efetividade destes direitos por intermédio de ações judiciais.

O debate acerca da efetivação de direitos fundamentais não é novo⁹. A Constituição Federal de 1988, enquanto marco da redemocratização do país, é prova inequívoca do objetivo de repelir o sistema jurídico de exceção, instaurado pelo regime militar de 1964. Esse momento histórico do país demandava uma constituição que assegurasse democracia e direitos – como destaca Dallari (2010). Exatamente o que fez a Constituição.

Some-se a todo o já exposto, a relativa conscientização do cidadão acerca de seus direitos, novos procedimentos judiciais e a criação e organização das Defensorias Públicas, que caracterizam o movimento de facilitação de acesso à justiça referido por Cappelletti e Garth (1988, p. 32).

⁹ É possível citar alguns exemplos de referências que baseiam a afirmação: Calabresi; Bobbitt, 1978 / Reich, 1965 / Comparato, 1998/ Chieffi e Barata, 2010.

Além deste quadro, há um reforço destacado por Maus (2000, p. 190) que agrava essa situação:

Para o crescente *animus litigandi* contribuem até mesmo os movimentos sociais de base democrática que não renunciam a seus pontos devista morais em favor do aparato estatal, procurando desenvolver-se autonomamente e em oposição a ele.

Na área da saúde, por exemplo, este quadro criou as condições ideais para o que Ferraz (2011, p. 76) chamou de *“judicialization of health – the large and growing volume of claims involving the right to health that reach the courts on a daily basis across Brazil – has achieved significant (and for many, worrying) proportions.”*¹⁰

Os impactos sociais e econômicos que decorrem da judicialização de direitos não foram percebidos apenas pela doutrina estrangeira – embora nesta haja um interessante viés de análise calcado no direito estrangeiro que permite ampliar interpretações e projetar soluções¹¹. A doutrina nacional também não aprofundou estes impactos.

A situação é grave. Seja pelos altíssimos valores orçamentários envolvidos, como destaca Yoshinaga (2011, p. 11), o que pode importar no desatendimento a direito de outrem, seja pela necessária crítica à atuação do Estado enquanto gestor de políticas públicas de concretização de direitos sociais, como destaca Ferraz Junior (1994, p. 13).

10 O trecho citado e referenciado pode ser traduzido livremente como: “judicialização da saúde - o grande e crescente volume de ações judiciais envolvendo o direito à saúde que chegam aos tribunais diariamente em todo o Brasil - alcançou significativo (e para muitos, preocupante) proporções”.

11 Dentre várias referências existentes, destacamos: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri. *Litigating health rights: can courts bring more justice to health?* Massachusetts: Harvard University Press, 2011. GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M. *Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world.* Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

A situação é de tamanha urgência e gravidade que tramita na Câmara dos Deputados projeto de lei de número 8.058 de autoria do Deputado Paulo Teixeira (SP) que tem por objetivo instituir processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário. Este projeto de lei é duramente criticado por Lima (2015, p. 1) que afirma:

Causa espanto que o Poder Legislativo, responsável pela elaboração das chamadas políticas públicas por intermédio do debate entre a heterogeneidade das tensões sociais, tenha tido a iniciativa de tal Projeto de Lei. Para sermos bem simples: O projeto nada mais é do que o próprio Legislativo reconhecendo sua incapacidade de debater, de formular, de cumprir a tarefa que a Constituição lhe impôs. Votar para quê, se o Legislativo transfere seu poder ao Judiciário?

Há ainda um último vértice desta análise: a manifestação do Poder Judiciário em termos de judicialização de direitos sociais e políticas públicas. Para tanto, tem-se por base, por exemplo, as decisões paradigmáticas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em especial aquelas relacionadas à Audiência Pública nº 4, que inovou em matéria de julgamento pela corte suprema acerca da matéria¹²¹³.

12 ADPF 45 MC/DF: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

13 AG. REG. NA STA 175/CE: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat).

Isto porque é fundamental refletir se os parâmetros determinados pelo STF neste julgamento contribuem ou não para a solução do problema. É recorrente na doutrina nacional a análise acerca da atuação do Judiciário no que toca à efetivação de direitos fundamentais, dentre tantas obras dedicadas a esta análise, destacamos as obras integrais: Comparato (1998), Barroso (2007), Grinover e Watanabe (2011).

A análise de aludidos julgados paradigmáticos, seja pela repercussão que causam, seja pela inovação com que tratam do tema, permite identificar que o Judiciário tem se mostrado *favorável* à satisfação de interesses individuais via ações judiciais.

Ademais, na sociedade brasileira atual, é fácil verificar o aumento diuturno do grau de complexidade das relações sociais e jurídicas, e o Poder Judiciário, como um dos poderes do Estado, tem que enfrentar o crescimento dos desafios que lhe são impostos sem que haja proporcional desenvolvimento da construção teórica que permita a superação desses desafios.

Se há um constante clamor por reforma no Poder Judiciário, é porque há crise(s) no/do Poder Judiciário. E há o agravamento dessa crise quando as análises, desde as diversas perspectivas adotadas para tal, ao invés de trabalharem suas causas, acabam por escamotear a temática por detrás dessas questões: se o Poder Judiciário é responsável por “dizer o direito” e, com isso, “realizar justiça” - o que se entende por justiça?

Definir como seria o Judiciário ideal implica em procurar entender o que seja “justiça” que ele busca concretizar. As teorias positivistas tentaram separar o Direito, considerado objetivo, do ideário de “justiça”, que é, por essência, axiológico, subjetivo e, por

Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravamento regimental a que se nega provimento.

isso, não deveria ser trabalhado pelo Direito. Já as teorias críticas postulam que, se a justiça é um valor, ela acaba por refletir o valor de um determinado grupo (que esteja no poder).

Os sintomas da crise podem ser verificados em diversos planos: administrativo, com a organização de um aparato burocratizado, moroso e com crescimento constante de demandas; estrutural, com a falta de instalações, pessoal, equipamentos, alto custo operacional e má qualificação de parte de seus técnicos; procedimental, decorrente de uma relação conflituosa com os demais poderes, oriunda também da não consolidação de uma identidade de corpo, mas, principalmente, há uma crise cultural, ou, uma crise de paradigmas do Poder Judiciário que, frente a demandas complexas, que envolvam direitos transindividuais e impliquem na ponderação de princípios, muito mais do que na mera subsunção de regras, o magistrado ainda se oriente alguma concepção de direito liberal, normativa e individualista.

Neste sentido, a crise do Poder Judiciário é uma crise no modelo jurisdicional forjado sob o fundamento da Separação de Poderes, em especial as seguintes obras integralmente consideradas Montesquieu (2004), Santos (1996), Bonavides (2004) e Temer (2017) e Cavalcanti (2015).

E, mais que as diversas vertentes da crise apresentada, há duas outras questões, muito mais profundas e de difícil análise: a primeira diz respeito à definição de justiça (ou qual justiça), e a segunda, implícita na problemática anterior, permeia a questão do paradigma adotado para se alcançar esse valor (subjetivo) de justiça.

No real Estado Democrático de Direito, a sujeição do magistrado à norma legal somente deveria ser realizada quando esta estivesse em consonância com os imperativos constitucionais.

Assim, o Poder Judiciário, que antes produzia decisões alicerçadas em códigos binários (lícito ou ilícito), hoje busca

uma jurisprudência fundamentada em princípios, os quais, necessariamente, são dotados de maior vagueza e amplitude terminológica.

A jurisprudência atual, voltada à consecução de determinados princípios, acaba por provocar uma certa tensão, especialmente quando assume contornos de decisões que usurpam as competências de outros poderes, ou, mais precisamente, quando judicializam a política - decidindo uma questão de forma a, possivelmente, gerar uma crise institucional.

Isso acontece, especialmente, quando a sociedade, face à inércia e omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, passa a atribuir aos magistrados a função ativa de afirmação-concretização dos mais diversos direitos.

Isso acaba por gerar maior visibilidade ao Poder Judiciário (ou, ainda, a personificar essa incumbência em alguns de seus membros), do qual se espera que adote a postura de desempenhar uma função transformadora. Deseja-se que a atividade jurisdicional não se reduza a mera aplicação formal da lei ao caso concreto, mas que, se necessário, corrija seus defeitos, suprima ausências e omissões legislativas, concretizando e buscando a consolidação de direitos econômicos, sociais e culturais, efetivando os objetivos traçados na Constituição especialmente no que tange à justiça social, redução da pobreza e da desigualdade.

Portanto, no cenário atual, o Poder Judiciário está frente a um dilema: ou traz para si a incumbência de assegurar estes direitos, sob o risco de sofrer forte pressão dos outros poderes e ser criticado pelo aumento do ativismo e (conseqüentemente) da judicialização, ou mantém o padrão clássico liberal, da mera aplicação do subjuntivo da norma ao caso, e termine sendo criticado por ser um poder sem relevante papel social e subserviente aos demais poderes.

4. CONCLUSÕES.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, vislumbrou-se um conjunto de transformações políticas, sociais e econômicas profundas que acabaram por consubstanciar na formação do Estado Constitucional de Direito, o qual consagrou definitivamente a força normativa de uma constituição.

Por meio da superação dos ideais liberais, surgiram constituições que não mais se limitavam a estabelecer a distribuição de competências e separação dos poderes públicos, na medida em que se consolidava um largo arcabouço de direitos fundamentais, normas de alto nível material, que condicionam a atuação do Estado na busca de seus fins e objetivos.

No campo filosófico, o sobrepulamento do positivismo jurídico refletiu na aproximação entre direito e moral, o que corroborou para o novo movimento de constitucionalização do direito, nomeado de neoconstitucionalismo. Por óbvio, a estabilização do neoconstitucionalismo não se absteve de críticas, ao passo que trouxe consigo cartas constitucionais com elevado conteúdo axiológico, permeadas por direitos e garantias abstratos, os quais necessitam de concretização para ser usufruídos pelos cidadãos.

Nesse contexto, o Poder Judiciário ganhou ainda mais relevância, na medida em que a interpretação realizada pelos órgãos judiciais é capaz de revestir de aplicabilidade e eficácia os direitos fundamentais trazidos pelo Constituinte. Todavia, a expansão da atuação do Poder Judiciário originou uma crise, no qual os postulados legislativos perdem espaço, na mesma proporção em que o ativismo judicial ganha protagonismo diante dos julgamentos de juízes e Tribunais.

Isso porque, a ineficiência do Estado na implementação e execução de políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos

sociais leva o administrado a provocar a tutela jurisdicional para ver satisfeitos tais direitos, estabelecendo-se verdadeira judicialização dos direitos fundamentais e promovendo o desenvolvimento de uma postura ativa e criativa do Poder Judiciário.

Por óbvio, há riscos inerentes ao ativismo judicial, tais como legitimidade democrática ou falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir sobre determinadas matérias, por exemplo. No entanto, tais riscos podem ser diminuídos, na medida em que os juízes e tribunais se pautem, em suas decisões, no conteúdo determinado pela constituição e leis, pois que o magistrado somente deve agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico.

Provocado a se pronunciar sobre tais questões, em especial quanto ao direito à saúde, o Supremo Tribunal Federal exteriorizou entendimentos baseados na teoria substancialista, defendendo a pertinência da atuação do Poder Judiciário para determinar o cumprimento de políticas públicas já estabelecidas e não efetivadas pelo Poder Executivo, rechaçando a alegação de violação ao princípio da separação dos Poderes e da limitação orçamentária como impossibilidade de atendimento da ordem judicial.

Nestes termos, permitimo-nos concluir que a atuação proativa do Poder Judiciário ainda é necessária para garantir o acesso das minorias marginalizadas ao “mínimo existencial” que o Estado Brasileiro se comprometeu a assegurar na Constituição Federal de 1988, sendo tal postura legítima, ressalte-se, quando a matéria em discussão for a efetivação de direitos sociais fundamentais objeto de políticas públicas implementadas e não executadas a contento.

Isso porque, o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes.

Data de Submissão: 03/04/2017

Data de Aprovação: 10/04/2017

double blind peer review

Editor Geral: Fernando Joaquim Ferreira Maia

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Diagramação: Emmanuel Luna

REFERÊNCIAS.

ABRÃO, Paulo. *O Poder Judiciário em busca do Estado Democrático de Direito: crise (diagnóstico e versões) e transição paradigmática*. Dissertação de Mestrado: Unisinos, 2000. Texto cedido pelo autor.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Vol. 31. n. 66. p. 89-114. jul/dez 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices - The Conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: W.W. Norton & Company, 1978.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas*. Salvador, Juspodivm, 2015.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita de Cássia Barradas. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. *Revista de Saúde Pública*, vol.44, no.3, p. 421-429, São Paulo, junho de 2010.

COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *In: Revista de Informação Legislativa*, a. 35, nº 138, p. 39-48, abr/jun. 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando. *Interpretação Jurídica e Ideologias: o Escopo da Jurisdição no Estado Democrático de Direito*, 2008. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/64-artigos-jun-2008/5972-interpretacao-juridica-e-ideologias-o-escopo-da-jurisdiacao-no-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 19 mar. 2017.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

FARIA, José Eduardo. *O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?, *Revista USP*, no. 21, p. 12-21, março/abril/maio de 1994.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Brazil: Health inequalities, rights and courts: the social impact of the judicialization of health. In: YAMIN, Alicia Ely, GLOPPEN, Siri. *Litigating health rights: can courts bring more justice to health?* Harvard University Press, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de 1988 e a judicialização da política. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 12, p. 189-197, 1996.

GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M. *Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (orgs.). *O controle judicial de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna. Introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; STECK, Lênio Luiz. Lei das Políticas Públicas é 'Estado Social a golpe de caneta?'. *Consultor Jurídico* (São Paulo. Online), v. 1, p. 1-1, 2015.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista Gestão e Controle*, v. 1, p. 97-132, 2013.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 185-202, nov. 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAIS, José Luis Bolzan. As funções do Estado Contemporâneo. In: *Anuário do programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação*. In:

MOREIRA, Eduardo Ribeiro (org). *20 Anos Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PONTHOREAU, Marie-Claire. L'enigme de la motivation encore et toujours L'eclairage comparatif. In: HOURQUERBIE, Fabrice; PONTHOREAU, Marie-Claire (orgs.) *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*. Bruxelles: Bruylant, 2012.

RAMÓN CAPELLA, Juan. *Fruta Prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho e del estado*. Madrid: Trotta, 1997.

RAMOS, ELIVAL. *Ativismo Judicial*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REICH, Charles A. Individual Rights and Social Welfare: The Emerging Legal Issues. *The Yale Law Journal [online]*. Vol. 74, No. 7 (Jun. 1965), p. 1245-1257. ISSN 3246.130102.

ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado Providência*. Goiânia: Editora da UFG; Brasília: Editora da UnB, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas*. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 30, ano11, p. 35-44, fev, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2^a. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América. Leis e Costumes*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

TORRENS, Haradja. A hermenêutica jurídica na perspectiva pós-positivista: A judicialização das relações sociais. In: ZOVICO, Marcelo Roland (org). *Filosofia do Direito: Estudos em Homenagem a Willis Santiago Guerra Filho*. São Paulo: Editora Clássica, 2012.

YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri. *Litigating health rights: can courts bring more justice to health?* Massachusetts: Harvard University Press, 2011.

YOSHINAGA, Juliana Yumi. *Judicialização do Direito à Saúde: A Experiência do Estado de São Paulo na Adoção de Estratégias Judiciais e Extrajudiciais para lidar com Esta Realidade*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador, n 24, p. 1-21,dez/jan/fev, 2011.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2^a edição. Atlas, 2014.

Transformations of the State, new Routes for Jurisdictional Activity and Protection of Fundamental Rights: from Legalism to Activism

Alexandre Luna da Cunha

Mônica Bonetti Couto

Abstract:The purpose of this present article is to analyze the transformations that the State models have undergone in the contemporary scenario, especially in view of the Judiciary Power, also relating it to the current shape of the Brazilian Democratic State of Law, that established itself at Brazil since the Federal Constitution of 1988. This reflection will focus on the dichotomy between the positivization of fundamental rights and the non-effectiveness of these rights. Therefore, the study will be divided into three main parts. Initially, a brief historical contextualization of the judicial power action will be carried out, in a second moment, to proceed with the specific examination of the Brazilian Judiciary Power and the circumstances that led to the development of the phenomenon of judicial activism. Finally, the reflexions of the role of the Judiciary in the implementation of public policies, as well as their consequences in any power structure, will be analyzed.

Keywords:Jurisdictional Protection; Fundamental rights; Public policy.