

INSTITUTO MACHADENSE DE ENSINO SUPERIOR

MICAELA MARIA DE OLIVEIRA

**JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS:
“Avanço ou retrocesso” para a efetivação dos direitos sociais no
Brasil**

**MACHADO – MG
2018**

MICAELA MARIA DE OLIVEIRA

**JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS:
“Avanço ou retrocesso” para a efetivação dos direitos sociais no
Brasil**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do INSTITUTO MACHADENSE DE ENSINO SUPERIOR como requisitos para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. M. Sc. JEFERSON ALVES DOS SANTOS

Co-orientadora: MAIHARA CAMBRAIA SILVA GOMES

**MACHADO – MG
2018**

O48j

OLIVEIRA, Micaela Maria de

Judicialização das políticas públicas: “Avanço ou retrocesso” para a efetivação dos direitos sociais no Brasil . Micaela Maria de Oliveira. Machado: Instituto Machadense de Ensino Superior, 2018.
25 p.

TCC – Graduação – Direito

Orientador: Prof. Me. Jeferson Alves dos Santos
Co – Orientadora: Maihara Cambrais Silva

I. Direitos sociais. I. Instituto Machadense de Ensino Superior. II. Título

CDU: 34

MICAELA MARIA DE OLIVEIRA

**JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS:
“Avanço ou retrocesso” para a efetivação dos direitos sociais no
Brasil**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada
à Faculdade de Direito do INSTITUTO
MACHADENSE DE ENSINO SUPERIOR como
requisitos para obtenção do Título de Bacharel
em Direito.

APROVADA: Machado-MG, ____ de _____ de 2018.

Prof. Esp. JEFERSON ALVES DOS SANTOS
(Orientador)

Prof. _____
(Avaliador)

Prof. _____
(Avaliador)

Dedico este trabalho à minha filha, razão pela qual lutei para chegar até aqui; à minha família, principalmente à minha mãe, que doou bastante do seu tempo, cuidando da minha filha, para que eu pudesse conquistar esse grande sonho.

Enfim, dedico aos meus amigos e a todos que acreditaram em mim e me incentivaram nessa conquista.

*Agradeço, primeiramente, a Deus, meu grande Mestre e Senhor, pois sem Ele,
realizar esse sonho não seria possível;*

*Agradeço aos professores pela dedicação e aos colegas que sempre estiveram
comigo durante essa jornada, ajudando-me nas minhas dificuldades;*

*Agradeço à minha filha por sempre me motivar com sua autoconfiança e
positividade, fazer-me sonhar grande e acreditar que tudo é possível, não me
permitindo desanimar;*

*Agradeço à minha mãe, mais uma vez, por cuidar da minha filha quando estive
ausente para estudar, e por me apoiar nessa maravilhosa escolha;*

*Agradeço a todos os meus irmãos e familiares que acreditaram e me apoiaram.
Por fim, agradeço ao meu professor e orientar Jeferson e a minha amiga e Co-
orientadora Maihara, por me ajudarem a desenvolver e realizar esse trabalho.*

“Talvez não tenha conseguido fazer o melhor, mas lutei para que o melhor fosse feito. Não sou o que deveria ser, mas Graças a Deus, não sou o que era antes”.
(MARTHIN LUTHER KING)

JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: “AVANÇO OU RETROCESSO” PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL

Micaela Maria De Oliveira*
Jeferson Alves dos Santos **

INTRODUÇÃO. 1 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS 2 A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS POR MEIO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS 3 PROBLEMAS NA IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS 4 CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: Os direitos sociais dependem de uma ação proativa do Estado; contudo, as políticas públicas nem sempre são eficazes e suficientes em implementá-los plenamente. O presente estudo tem por objetivo analisar a incidência do ativismo judicial e da judicialização das políticas públicas, como meio de efetivação dos direitos sociais no Brasil. No entanto, é primordial conceituar os direitos fundamentais em nosso país, bem como distinguir os institutos ativismo judicial e judicialização, para melhor entender seus respectivos papéis no cumprimento dos direitos sociais diante da inércia dos Poderes Executivo e Legislativo. Por conseguinte, é essencial contestar a legitimidade da atuação do Poder Judiciário como “gestor” de políticas públicas, e se esses institutos são meios eficazes para a efetivação desses direitos. Para tanto, o estudo tem por base uma pesquisa científica exploratória e bibliográfica.

Palavras-chaves: Direitos sociais. Judicialização das políticas públicas. Ativismo judicial.

INTRODUÇÃO

Os direitos sociais são garantias constitucionais, cuja efetivação é dever do Poder Executivo. No entanto, nem sempre o Estado é ativo, sendo inadimplente em relação à efetividade desses direitos, fazendo com que a sociedade contemporânea exija a atuação do Poder Judiciário.

* milicia212@gmail.com. Acadêmica do 10º período da Faculdade de Direito do Instituto Machadense de Ensino Superior (IMES) mantido pela Fundação Machadense de Ensino Superior e Comunicação (FUMESC)– Machado – MG.

** jasalfenas@yahoo.com.br. Professor da Faculdade de Direito do IMES/ FUMESC – Machado – MG

Diante disso, a judicialização das políticas públicas ganhou destaque na efetivação dos direitos sociais no Brasil, fortalecendo o ativismo judicial. Fato que para alguns doutrinadores caracteriza uma invasão de Poderes.

Os direitos sociais estão esculpidos nos art.6º ao 11 da Constituição Federal de 1988, e classificam-se como direitos fundamentais constitucionais de segunda dimensão. Essencialmente, versam sobre a igualdade e a liberdade, e garantem aos cidadãos condições dignas para a sua sobrevivência, sendo imprescindíveis para o exercício da cidadania.

Ao Estado se atribui o poder-dever constitucional, de caráter positivo, que lhe impõe a obrigação de efetivar estes direitos fundamentais. Considerando ser uma determinação constitucional, e que o mecanismo para este desiderato é a proposição de políticas públicas, o Poder Judiciário deve zelar pela sua efetivação; contudo, não deve realizá-la diretamente, mas sim atuar como indutor desta proposição, sob pena de invadir a competência de outro(s) poder(es).

Para resguardar a Constituição e os direitos dos cidadãos, o Poder Judiciário tem avocado funções que são inerentes aos outros poderes estatais, tomando controle sobre as decisões e, na maioria das vezes, intervindo nas questões políticas para a efetivação dos direitos sociais.

Neste sentido, é imprescindível um estudo sobre as políticas públicas e a responsabilidade social do Estado no poder/dever de efetivar os direitos sociais, buscando analisar se a judicialização seria um avanço ou retrocesso para a efetivação dos direitos sociais frente às políticas públicas, e qual a (i)legitimidade do poder de interferência do judiciário frente às políticas públicas e a limitação existente no ativismo judicial.

Contudo, este trabalho tem como propósito, realizar um breve estudo sobre a efetivação dos direitos sociais por meio das políticas públicas e apurar possíveis obstáculos no seu processo de efetivação, bem como compreender a função do controle jurisdicional sobre as políticas públicas por meio da judicialização e ativismo judicial.

O ativismo judicial, fenômeno intrinsecamente ligado à Judicialização das políticas públicas, calca-se na legitimidade exercida pelo Supremo Tribunal Federal na gerência das decisões de ordem política.¹

O processo de judicialização política no Brasil faz com que o magistrado torne-se mais responsável e atuante na vida da sociedade, buscando garantir a efetividade dos direitos sociais.

Entretanto, é imprescindível uma análise mais apurada sobre a repercussão do ativismo judicial no Brasil e da judicialização como garantia de ordem política e social, visto que estes institutos têm sido o socorro para garantir e efetivar os direitos sociais.

O presente trabalho apresenta como metodologia básica uma pesquisa exploratória acerca da judicialização das políticas públicas, através da utilização de pesquisas bibliográficas consistentes de obras relacionadas ao tema e publicadas em livros, artigos e revistas jurídicas, e o emprego de doutrinas e jurisprudência relacionadas ao assunto abordado, o que propiciará substrato à uma reflexão crítica do que foi apurado, sendo esse o método que, por excelência, dispõe o pesquisador jurídico.²

O estudo abordará, em seu primeiro capítulo, sobre os conceitos e definições dos direitos fundamentais sociais e sua abrangência constitucional; o segundo capítulo tratará da efetivação dos direitos sociais por meio das políticas públicas; o terceiro capítulo demonstrará os problemas na implementação das políticas públicas e na efetivação dos direitos sociais, e, por fim, o quarto capítulo abordará sobre o controle jurisdicional das políticas públicas e a atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais e implementação dessas políticas públicas, para, então, concluir se a judicialização e o ativismo judicial são legitimados e eficazes na efetivação dos direitos sociais.

¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 02 de março de 2018, p.4.

² GALLUPO, Marcelo Campos. **Da ideia à defesa**: monografias e teses jurídicas. 2.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A ideia de direitos fundamentais está ligada ao princípio da dignidade humana, e a Constituição Federal Brasileira de 1988 dispõe sobre esses direitos em seus arts.5º, 6º ao 11.

Direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social. Sem direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns, casos não sobrevive.³

Os direitos fundamentais, doutrinariamente, dividem-se em três gerações sucessivas, que traduzem um processo cumulativo e quantitativo [...] ⁴ sendo os de primeira geração os de liberdade, calcados em “*prestações estatais negativas*”; os de segunda geração aqueles que reclamam do Estado uma ação que proporcione condições de vida digna, abrangendo, pois, direitos sociais, econômicos e culturais; os de terceira geração que englobam os direitos de fraternidade e solidariedade.

Atualmente, há doutrinadores que defendem a existência de até cinco ou mais gerações:

Tais direitos foram introduzidos no âmbito jurídico pela globalização política e compreendem o direito à democracia, informação e pluralismo. Os direitos fundamentais de quarta dimensão compreendem o futuro da cidadania e correspondem à derradeira fase da institucionalização do Estado social, sendo imprescindíveis para a realização e legitimidade da globalização política.⁵

Os direitos de quarta geração abarcariam o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, e os de quinta geração corresponderiam ao direito à paz.

Os direitos sociais são direitos fundamentais previstos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988. Esses direitos são cláusulas pétreas, ou seja, são normas que não podem ser modificadas pelo legislador infraconstitucional, salvo para aprimoramento. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o

³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. Rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 525.

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p.563.

⁵ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2009, p.229.

trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A Constituição Federal de 1988, de forma pioneira, elevou os direitos sociais à categoria de direitos fundamentais, incluindo-os, expressamente, no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais). Tal fato pode ser visto como um compromisso do legislador constituinte em erigir uma sociedade um pouco mais equilibrada, tendo em vista as grandes diferenças sociais que sempre (e ainda hoje) reinaram na realidade brasileira⁶.

Os direitos sociais estão intimamente relacionado ao Princípio da Solidariedade. Não basta “afirmar que todos são iguais perante a lei; é indispensável que sejam assegurados a todos, na prática, um mínimo de dignidade e igualdade de oportunidades”.⁷

Direitos Sociais caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo, por finalidade, a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.⁸

Tais direitos são atributos que visam garantir amparo e proteção social aos mais pobres e fracos, que carecem de recursos para viver dignamente, portanto, se realizam pela execução de políticas públicas.

Entretanto, com o passar do tempo, os direitos sociais estão adquirindo um novo desenho com relação à sua representação e forma de efetivação. Considerando a representação dos direitos sociais, hodiernamente, traz-se a seguinte lição:

Os direitos sociais adquirem um novo papel no sistema jurídico, deixando de ser simples expedientes funcionais, destinados a compensar situações de desigualdade, e passando a atuar como núcleos integradores e legitimadores do bem comum, pois será

⁶ PIMENTA, José Marcelo Barreto, A força dirigente dos direitos fundamentais sociais e a superação da reserva do possível. 2013. 182 f. dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/11330/1/JOS%C3%89%20MARCELO%20BARRETO%20PIMENTA.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017, p.30

⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004, p. 46.

⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 202

através deles que se poderá garantir a segurança, a liberdade, a sustentação e continuidade da sociedade humana⁹.

Hoje em dia, os direitos sociais não são vistos apenas como mero resultado das reivindicações de caráter social, mas também como resultado da pretensão de legitimação da verdadeira igualdade, através de direitos que possibilitem um mínimo em condições materiais, com vistas à efetivação da justiça social.

2 A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS POR MEIO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem previsão normativa expressa na Constituição, em seu art. 5º §1º, sujeitando ao Estado-Administração (sujeito passivo) a materialização destes direitos, por meio de políticas públicas.

As políticas públicas representam o processo pelo qual o Estado objetiva efetivar normas constitucionais, inclusive os direitos fundamentais sociais, de forma objetiva e coletiva.

Originariamente, política pública é instrumento do campo da ciência política; o seu englobar no campo do estudo jurídico é parte de um movimento de interdisciplinaridade do Direito, no qual o mesmo se aproxima de outras áreas do conhecimento, realizando caminho inverso do positivismo.¹⁰

Políticas públicas são “programas de ação governamental que visam coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.¹¹

Trata-se de “conjuntos de atuação governamental em determinados setores da Administração”¹², que guardam, como escopo, a modificação da realidade, para remediar determinadas necessidades sociais. A partir delas, o poder público realizará os fins expressamente previstos pela Constituição.¹³

⁹ BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.119.

¹⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari et all. **Direitos humanos e políticas públicas**. São Paulo, Pólis, 2001. p. 241

¹¹ Ibid., loc. cit.

¹² KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p.137

¹³ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo

Consequentemente, o controle das políticas públicas deve ser feito observando suas características de multiplicidade e continuidade, sob pena de desvirtuamento do instituto e frustração da face objetiva dos direitos fundamentais que, com ela, pretende-se materializar.¹⁴

Aduz-se que “é mais útil que o contato inicial com o tema políticas públicas se dê com seus elementos comuns, aqueles presentes na conceituação das mais diversas escolas sobre o tema”, e aponta os seguintes elementos:

Políticas públicas devem distinguir entre o que o governo pretende fazer e aquilo que, de fato, ele realmente faz; que a omissão governamental é tão relevante quanto ação; políticas públicas, no plano ideal, envolvem todos os níveis de governo, e não estão restritas a atores formais – em verdade, atores informais podem se revelar extremamente importantes; políticas públicas é um tema que invade ação governamental, e não estão limitadas à legislação, ordens executivas, regras e regulação – portanto, aos instrumentos formais desse agir do poder; políticas públicas envolvem um curso de ação intencional, com uma finalidade específica e conhecida como objetivo; políticas públicas envolvem um processo em desenvolvimento; elas compreendem não só a decisão pela promulgação de uma lei ou projeto, mas também as ações subsequentes de implementação, apoio e avaliação.¹⁵

Assim, o dever-poder de agir da Administração na efetivação dos direitos fundamentais sociais é o elemento finalístico conferido constitucionalmente ao Estado-Administração, que tem como instrumento, constitucionalmente indicado, as política públicas, com o fito de obter a igualdade social.

Quando a atuação do Estado não atinge essa finalidade, ou quando ele deixa de atuar, no momento em que deveria garantir direitos fundamentais, resta fortalecida a judicialização como instrumento de efetivação do direitos sociais.

O Estado Democrático de Direito é transformador; portanto, tem o dever-poder de efetivar os direitos fundamentais sociais e, com isso, transformar o mundo dos fatos, aproximando o ser do dever-ser constitucional:

Estando a pessoa jurídica Estado constitucionalmente vinculada a esta atuação transformadora, também o estão os seus órgãos incumbidos do exercício das funções do Poder, afinal, a vontade estatal é externalizada através da atuação destes, conforme o

Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 117

¹⁴ BUCCI, 2001, p. 241.

¹⁵ VALLE, Vanice Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: ed. Fórum. 2009. p.36

princípio da imputação volitiva, pelo qual a vontade do agente público é a vontade do órgão e, conseqüentemente, do próprio Estado.¹⁶

Como dito alhures, a efetivação dos direitos sociais tem caráter prestacional positivo, cabendo ao Estado o dever de fornecer bens e serviços para promoção da saúde, educação, assistência aos desamparados, moradia, além de outros direitos. Entretanto, é essencial que haja um planejamento eficaz da Administração, com programa de ações para implementação das políticas públicas, traçando suas prioridades e o orçamento necessário para assegurar a efetivação dos direitos sociais.

Sendo o Estado constituído pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, como representantes legitimados a garantir a sua ordem e progresso, faz-se necessário um esforço, uma atuação conjunta destes poderes.

A clássica separação dos poderes pressupõe, por excelência aos Poderes executivo e legislativo, a realização de políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais sociais. Contudo, se provocada, a jurisdição não deve abster-se de atuar para promover a efetividade material desses direitos fundamentais sociais.

Entendimento doutrinário compreende que o artigo 5º, § 1º da CF não deve ser interpretado como regra, mas como um princípio, ou seja, deve-se garantir a máxima efetividade possível:

O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquele que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.¹⁷

Nesse contexto, é substancial analisar os institutos ativismo judicial e judicialização das políticas públicas, como implementadores dos Direitos Sociais, diante da inércia dos Poderes executivo e legislativo.

¹⁶ MOREIRA, José A. R.; SANTOS, Márcio G. T. Função e controle das políticas públicas no estado democrático de Direito. **Revista Serviam Juris**. v. 1, n.1, p.75 -97, setembro 2017. Disponível em: <http://icesp.br/revistas-eletronicas/index.php/Serviam_Juris/article/view/217>. Acesso em: 20 out. 2017.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 329.

3 PROBLEMAS NA IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A constituição baliza tarefas e programas de ação a serem concretizados pelos poderes públicos, procurando também apreciar e regulamentar tudo o que o legislador constituinte entende como relevante à formação, objetivo e funcionamento do Estado.

Os direitos fundamentais sociais dependerem de prestações positivas por parte do Estado, que por vezes, acabam colidindo nas limitações de recursos materiais e financeiros que condicionam a Administração Pública. Nessa perspectiva, a efetivação dos direitos sociais encontra-se subordinada à teoria da reserva do possível, na medida em que o Poder Público somente poderá implementar as políticas públicas dentro de sua capacidade financeira.

Segundo a teoria da Reserva do Possível, a efetividade dos direitos fundamentais, em especial os sociais, estaria condicionada às possibilidades financeiras dos cofres públicos. Como não há recursos disponíveis para suprir todas as demandas sociais existentes, é necessário eleger as políticas públicas a serem perseguidas; tarefa a ser realizada pelos órgãos de representação dos cidadãos, e não pelo Judiciário, via de regra. Ou seja, cabe aos governantes e aos parlamentares – numa expressão do poder discricionário – a decisão acerca da disponibilidade dos recursos financeiros do Estado, por meio da escolha das políticas públicas a serem implementadas na sociedade.¹⁸

Além do mais, os direitos sociais estão pautados no princípio da dignidade humana, em consonância com o mínimo existencial, pois, para a sua aplicação, deve-se levar em consideração o mínimo de benefício que possa garantir a dignidade e existência do homem. Entretanto, o Estado tem alegado a falta de recursos, inerente à Reserva do Possível, como justificativa para a sua omissão.

[...] em matéria de tutela do mínimo existencial [...] há que reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações e uma cogente tutela defensiva, de tal sorte que, em regra, razões vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer como argumento a, por si só, afastar a satisfação s direitos e exigência do cumprimento dos deveres, tanto conexos quanto autônomos, já que nem o princípio da reserva parlamentar em matéria

¹⁸ AVILA, Kellen Cristina de Andrade. A teoria da reserva do possível e as políticas públicas. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 01 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47214&seo=1>>. Acesso em: 29 maio 2018, p. 08.

orçamentária, nem o da separação dos poderes assumem feições absolutas.¹⁹

Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal posicionou-se, nestes termos:

[...] É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, – além de se caracterizar pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida à imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de se exonerar do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente usando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...]²⁰

Dito alhures, compete aos Poderes Executivo e Legislativo implementar e definir a política pública a ser provida pelo Estado. Porém, no que diz respeito à destinação de recursos escassos face à necessidade da sociedade, verifica-se que o Poder Judiciário tem sido avocado pela sociedade como indutor e implementador das políticas públicas.

Não obstante, a falta de planejamento público e orçamentário gera a ineficácia da consumação dos direitos sociais e econômicos. Todavia, observa-se a inércia do poder público, a sua ineficiência, a ausência ou deficiência no planejamento, a corrupção, os desvios de finalidade na definição de prioridades, os interesses subalternos protegidos em detrimento de outros, especialmente relevantes para a garantia dos direitos fundamentais. Nessa percepção, lamenta como é deplorável ver o dinheiro público sendo gasto com publicidade, mordomia,

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 42-43. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/61269>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Melo, DJU de 04.05.2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 26.05.2018.

corrupção, em detrimento da saúde, educação, moradia e outros objetivos de interesse social.²¹

Para a formação de um Estado constitucional democrático é essencial que haja a separação entre política e direito, contudo essa dissociação não é absoluta, já que o direito (a Constituição) é produto do processo constituinte (legislativo).²² Diante disso ocorre-se uma instabilidade política que vem a ser um dos motivos geradores da judicialização, e ocasionalmente, dificultando a distinção entre os fenômenos política e direito.

Em tese, enquanto que, na matéria de direito, vigora o primado da lei e os direitos fundamentais (o domínio da razão), na política, prevalecem a soberania popular e o princípio majoritário (o domínio da vontade).²³

Além do mais, a força normativa da Constituição; a inércia na execução e a prática ineficaz das políticas públicas garantidoras de direitos sociais; a regulamentação deficiente dos direitos positivados pelo legislador; a ausência de pressupostos de sustentabilidade para o Estado Social; bem como, a grande demanda pela concretização dos direitos fundamentais sociais diante da profunda desigualdade social, acarretaram o aumento de demandas frente ao Poder Judiciário.

Contudo, a intervenção do Poder Judiciário mediante atos discricionários do Executivo e Legislativo, muitas vezes, acaba gerando um conflito entre os poderes e, supostamente, um problema na implementação da política pública e efetivação dos direitos sociais, já que, “em situações extremas, as despesas realizadas em função de direitos prestacionais judicialmente impostos inviabilizariam outros projetos estatais; eventualmente, até projetos relacionados a outros direitos fundamentais”.²⁴

Nesse contexto, tal intervenção, denominada como judicialização da política pública e ativismo judicial, é considerada, para alguns, uma afrontaria à

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos. Revista **Consultor Jurídico**, 2015, p. 03. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-28/interesse-publico-judicializacao-politicas-publicas-opoe-interesses-individuais-coletivos#author>> Acesso em: 12 set. 2017.

²² BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v.2, n. 21, jan/jun. 2012. p.15. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>>. Acesso em: 12 set. 2017.

²³ Ibidem

²⁴ GOUVÊA, apud AVILA, Kellen Cristina de Andrade. A teoria da reserva do possível e as políticas públicas. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 01 mar. 2014, p. 05. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47214&seo=1>>. Acesso em: 29 maio 2018

divisão dos Poderes²⁵; para outros busca apenas garantir o cumprimento das normas constitucionais.²⁶

Ante o exposto, faz-se necessário uma análise mais aprimorada acerca da (i) legitimidade desse controle jurisdicional.

4 CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Ante a inércia dos outros poderes, o Judiciário viu a necessidade de intervir, seja para fiscalizar uma política pública ou mesmo para impor ao Estado a concessão de um medicamento, no caso da saúde, por exemplo; ou para a garantia de uma vaga na escola, no caso da educação, e muitos outros exemplos que, cotidianamente, pendem de decisão na mesa dos magistrados.

Nesse sentido, explica que sempre que tratamos do:

Papel/função da Jurisdição Constitucional (ou do Poder Judiciário) na realização/efetivação de direitos sociais-fundamentais, é porque se está a admitir que, primeiro, há uma inefetividade da Constituição, e, segundo, em havendo inércia dos Poderes Públicos na realização/implementação de políticas públicas aptas à efetivação dos direitos sociais-fundamentais, assegurados pela Lei Maior, é possível (e necessária) a intervenção da justiça constitucional.²⁷

Contudo, o exercício da jurisdição constitucional não pode ignorar a essência da parcela reservada aos demais poderes na efetivação constitucional, pois que, “a Constituição deseja é que os poderes por ela instituídos desenvolvam ordinária e satisfatoriamente as suas funções – e nesses termos, o controle judicial é algo que se apresenta como alternativa secundária”²⁸.

O controle jurisdicional das políticas públicas remete ao controle jurisdicional sobre a Administração Pública. Hodiernamente, exteriorizam-se o controle judicial sobre o Poder Legislativo e os atos do Poder Executivo, na forma de prestação de contas, como solução para a efetivação dos direitos fundamentais.

Neste sentido, dispõe que:

²⁵ DI PIETRO, 2015, p. 3

²⁶ BARROSO, 2009, p. 11-12

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí: Fundação Universidade do Vale do Itajaí – Univali, v.08. n.02. 2003. p. 257-301.

²⁸ VALLE, 2009, p.36.

Logo, é possível evidenciar que o controle jurisdicional das políticas públicas, fundado no constitucionalismo, poderá dimensionar dois âmbitos importantes do conjunto de ações governamentais: formal e material. Por certo, sem cair em dicotomizações, cabe ao Poder Judiciário garantir que as políticas públicas adotem uma processualidade capaz de salvaguardar a legitimidade democrática. O que antes foi indicado como necessário para o processo de construção de políticas públicas, com certeza, pode ser levado ao controle jurisdicional como forma, até mesmo, de realizar a transparência administrativa.²⁹

Isso ocorre quando a ação ou omissão dos demais poderes, Executivo e Legislativo, contraria o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

A legitimidade do Judiciário advém, acima de tudo, da conjunção de um poder expressamente conferido pela própria Constituição Federal, que, em seu art. 5º, inciso XXXV, declara que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito”. E, ainda, apresenta dispositivos, como mandado de injunção, ação civil pública, e mandado de segurança, através dos quais é possível atender às demandas sociais por acesso à justiça, na busca da efetivação dos direitos dos cidadãos.

A Constituição visa, pois, ao futuro, e se empenha programaticamente, ao definir os direitos sociais, no terreno das políticas públicas. A jurisdicização desses direitos vincula o legislador ordinário aos seus comandos, cabendo à sociedade provocar o Judiciário, mediante novos institutos criados pela Constituição, no sentido de garantir a sua aplicabilidade. Nesse preciso sentido, a judicialização da política se apresenta, entre nós, como uma derivação da vontade do constituinte.³⁰

Essa legitimidade se aperfeiçoa, ainda, com a vinculação do juiz às regras e aos princípios; o dever de motivação das decisões judiciais e a busca pela realização dos direitos fundamentais³¹.

Por ser a Constituição uma autêntica norma jurídica, dotada de supremacia, a consagração no texto constitucional dos direitos

²⁹ OHLWEILER apud BALESTERO, Gabriela Soares. O controle jurisdicional das políticas públicas e o papel do Estado: uma análise habermasiana. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 5, n. 3, dez. 2010, p.125.

³⁰ VIANNA, Luiz Werneck. O terceiro poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. **Blog Estudos Humeanos**. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <<http://blog.estudoshumeanos.com/wpcontent/uploads/2008/12/artigo-werneck-vianna.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017.

³¹ BARROSO, 2009, p. 12

sociais deveria afastar a crítica contra o suposto caráter anti-democrático da garantia judicial destes direitos.³²

Nessa conjuntura, não há que se falar em atentado à democracia e à separação dos poderes, eis que o Judiciário estaria tão puramente realizando os preceitos da Constituição. Outrossim, pode-se dizer que o fenômeno da judicialização está associado à redemocratização do país, pois, foi acolhido, confirmando-se como efeito da evolução das sociedades democráticas e da necessidade de se atenderem às demandas dos cidadãos por legalidade e legitimidade dos atos dos poderes constituídos.³³

Desta forma, o Poder Judiciário, como detentor da função de assegurar os direitos fundamentais, teria, assim, uma legitimidade democrática material.³⁴ Neste sentido, acrescenta que:

A legitimidade dos tribunais para tomar decisões politicamente sensíveis não pode ser negada com o argumento de que os juízes não são escolhidos pelo voto popular, já que não se pretende substituir a esfera político-representativa por aquela de ordem funcional, mas apenas buscar realizar os mandamentos constitucionais.³⁵

No entanto, é necessário que os magistrados, no momento da decisão, atentem não apenas para os elementos diretamente envolvidos no caso que lhes é apresentado, mas, também, nas consequências e implicações decorrentes das decisões, no intuito de garantir o andamento regular da gestão pública.

Em geral, não há doutrinariamente uma definição categórica sobre o fenômeno da judicialização das políticas públicas; entretanto, esse tema se confunde facilmente com o ativismo judicial, devendo, portanto, distinguir a diferença entre ambos.

Desse modo, Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário³⁶. Ou seja, a judicialização nada mais é que a transferência de decisão que, originalmente, deveria ser dos Poderes Legislativo e Executivo, para o Poder Judiciário.

³² SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 561

³³ KRELL, 2002, p. 172.

³⁴ Ibidem

³⁵ Ibidem

³⁶ BARROSO, 2012, p. 4

Neste ponto de vista, entende que:

A judicialização [...] é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. [...]. O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes.³⁷

Nesse mesmo seguimento, assegura que:

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.³⁸

Tanto o ativismo judicial como a judicialização demandam uma provocação do Poder Judiciário. Assim, a atuação do Poder Judiciário frente às políticas públicas deve ser compreendida naturalmente como uma atuação regular, própria da missão que lhe confere de assegurar a efetividade dos valores constitucionais, especialmente, em face do princípio da dignidade da pessoa humana.

Sobre o tema abordado neste artigo, existem posicionamentos doutrinários contrários e favoráveis sobre a aceção da judicialização e o ativismo judicial na efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Nessa perspectiva, é importante fazer uma classificação dessas divergências, pormenorizando os aspectos negativos e os positivos do processo de judicialização.

Não obstante, há quem negue a judicialização das políticas públicas, por entender que: a) os direitos sociais não são direitos públicos subjetivos; b) o Poder Judiciário deve respeitar o dogma da separação de poderes, c) a implementação de políticas públicas é ato discricionário da administração pública, d) há necessidade de previsão orçamentária.³⁹

³⁷ BARROSO, op. cit. p.10

³⁸ BARROSO, 2012, p.21.

³⁹ BONTEMPO apud KUGUIMYA, Luciene Lie Política pública de distribuição de medicamentos e Poder Judiciário: análise crítica das decisões do STF e STJ. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, ano 13, n. 1058.

Considerando que os recursos públicos para atender a coletividade são limitados, a excessividade das decisões individualizadas pode acarretar no retrocesso, e na desigualdade dos direitos, haja vista que, ao privilegiar individualmente um direito demandado no judiciário, conseqüentemente, poderá restringir desproporcional e desigualmente o direito de muitos outros.

Toda atividade estatal demanda recursos públicos que, por sua vez, são limitados e, sendo esta, uma limitação fática e não jurídica, é necessário otimizar e escolher os investimentos públicos, não de forma aleatória, mas sim, priorizando as opções constitucionais.⁴⁰

Verifica-se, também, o denominado risco de efeitos sistêmicos, expondo uma crítica administrativa. Tal efeito, por conseguinte, traz a ideia central de que a atuação do Poder Judiciário na garantia dos direitos sociais sepultaria a organização da Administração Pública, eis que, os administradores acabariam se dedicando demasiadamente ao atendimento das demandas individuais judiciais, em vez de darem preferência à criação, ao planejamento e à execução das políticas públicas propriamente ditas.

Neste sentido,

O risco de *efeitos sistêmicos* imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em certos casos, uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário. O juiz [...] nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público.⁴¹

Outra crítica é quanto a “legitimidade democrática”. Pondera que é indecoroso retirar o poder de decidir sobre os recursos públicos de quem lhe foi atribuída essa função, ou seja, dar ao Judiciário esse direito em detrimento do Poder Executivo; pois, os recursos usados para assegurar a efetivação dos direitos sociais são arrecadados por meio de impostos pagos pelo povo; então,

2013, p. 14. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2769/politica-publica-distribuicao-medicamentos-poder-judiciario-analise-critica-decisoes-stf-stj>> Acesso em: 21 maio 2018.

⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**: Salvador, n. 15, jan/mar. 2007. p. 248. Disponível em: <http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/639>.> Acesso em: 28 set. 2017.

⁴¹ BARROSO, 2009, p. 22.

quem deve decidir como eles serão usados deve também ser o povo através de seus representantes no íterim do Poder Executivo, e não por juízes.⁴²

Nesse contexto, reporta-se à outra crítica, que é a questão financeira frente ao princípio da reserva do possível. Como é cediço, o Estado deve se reservar em aplicar os recursos públicos dentro de uma esfera limitada, ou equilibrada, não provendo mais do que pode pagar, pois suscitaria impactos negativos no erário.⁴³

Por fim, outra grande crítica assevera que o excesso de decisões por meio da judicialização implica em risco à efetividade constitucional:

No âmbito do Direito à saúde aponta-se a proliferação de sentenças sem critérios, ambiciosas ou emocionais que condenam o Estado-Administração a custear tratamentos irrazoáveis, entendidos como inacessíveis ou sem essencialidade, é a típica situação em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode acarretar a não realização prática dos mandamentos constitucionais.⁴⁴

Nesse sentido, torna-se claro que a judicialização beneficia apenas uma minoria que tem acesso à justiça, e, muitas vezes, prejudica a coletividade, devido ao fato de o judiciário atuar sem observar as deficiências orçamentárias que somente se ampliam em decorrência de sua atuação desprovida da visão de conjunto, que seria necessária para a definição de qualquer política pública que se pretenda alcançar benefício para todos.⁴⁵

Em contrapartida, defende-se que a judicialização tem sido um mecanismo de tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Defende-se, ainda, que o ativismo judicial teria como efeito positivo de emendar a própria Constituição, decorrente da omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, muitas vezes, considerados inertes e insuficientes na implementação dos direitos sociais.⁴⁶

Outrora, pode-se vislumbrar a possibilidade de que uma demanda individual venha beneficiar também a coletividade. Ou seja, seriam ações individuais com efeito coletivo, como por exemplo, uma ação civil pública.

⁴² BARROSO, 2009, p. 57.

⁴³ SARLET apud ARAUJO, Rafaela Lopes de. **A Judicialização de políticas Públicas como meio de garantir o Direito Social à saúde**. 2017. 74f. Trabalho de Graduação (Graduação em Bacharel em Direito) – Centro Universitário de Brasília, UniCEUB, Brasília, p.43.

⁴⁴ BARROSO, 2009, p. 22

⁴⁵ DI PIETRO, 2015, p. 3

⁴⁶ BARROSO, op. cit., loc. cit.

Desse modo, o pleito de uma tutela individual pode resultar na proteção de interesses coletivos, e, conseqüentemente, uma ação individual pode servir para a implementação ou correção de uma política pública⁴⁷. Conclui-se, ainda, que qualquer tipo de ação, na jurisdição constitucional e ordinária, pode ser utilizada para provocar o Poder Judiciário a exercer o controle e a possível intervenção em políticas públicas.⁴⁸

Outro argumento importante em defesa da judicialização é o de que a atuação jurisdicional baseia-se em princípios morais, ou seja, argumentos da moralidade política, eis que o princípio da moralidade relativo aos objetos políticos de bem comum, é objeto das políticas públicas.⁴⁹

A Suprema Corte tem fundamentado suas mais importantes decisões pautando-se no princípio da dignidade humana e da moralidade; como exemplo, a concessão de medicamentos e tratamentos médicos visando ao direito à saúde, concessão de vagas em creches e escolas aumentando o direito à educação, entre tantos outros, como o reconhecimento das relações homoafetiva e seus efeitos jurídicos, já que o Legislativo se absteve, até então, de dar uma resposta a esse anseio da sociedade.

Dos fundamentos utilizados pelo STF em justificativa de suas atuações excepcionais, dois são de extrema relevância: “o processo jurisdicional é, por excelência, o *locus* de proteção dos direitos fundamentais”; e, a atuação do judiciário como instância contramajoritária na proteção de direitos fundamentais.⁵⁰

Nessa entoadada, seria impossível deixar de frisar o estimável argumento de que, não se pode ceder, no caso, a considerações de ordem moral, exceto por uma, que ao revés, é indispensável: todos os indivíduos devem ser tratados com igual consideração e respeito.⁵¹

Nessa vertente, considera-se que a atuação do judiciário deve-se à omissão dos outros Poderes e à violação dos direitos; acrescenta-se, ainda, que,

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: WATANABE, Kazuo (Orgs.). **O controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.145.

⁴⁸ Ibidem, p. 148

⁴⁹ ACIOLI, Bruno de Lima; CAVALCANTE FILHO, Vagner Paes. **Comentários a Judicialização da política e ao papel contramajoritário dos direitos fundamentais a parti do igualitarismo liberal de Ronald Dworkin**. 2017. Disponível em: <<http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/320>>. Acesso em: 31 maio 2018.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ**. Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, Data de julgamento: 5 mai. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 29 maio 2018.

⁵¹ Ibidem

diante de tal omissão, a atuação do Judiciário é exigida pela própria sociedade para fazer valer o primado da Constituição e do Direito.⁵²

Ante ao exposto, a atuação do Judiciário não pode ser vista como uma intervenção excêntrica diante da omissão dos demais Poderes, quando ambos não atuam como precede a Constituição, para a concretização dos direitos sociais.

CONCLUSÃO

Atualmente, verifica-se uma crescente ocorrência dos fenômenos ativismo judicial e judicialização das políticas públicas e dos direitos sociais. Essa recorrente interferência do Judiciário nas questões políticas e implementação dos direitos fundamenta-se na omissão dos demais Poderes face a concretização desses direitos.

Os direitos sociais também considerados direitos fundamentais são garantias constitucionais revestidos dos princípios da dignidade humana e igualdade, tendo como propósito, dar o mínimo necessário de condição para que o homem tenha uma vida digna.

A consecução desses direitos é dever do Estado, competindo aos Poderes Legislativo e Executivo a sua implementação e efetivação, sendo que o Legislativo elabora as normas de proteção e o Executivo as positiva, efetivando os direitos. No entanto, o Poder Judiciário tem sido avocado para fazer cumprir a efetivação desses direitos em meio a casos de omissão e desprezo dos demais Poderes.

Diante disso, para que haja eficácia na efetivação dos direitos fundamentais sociais, é categórico que haja um planejamento estatal, ou seja, que o Executivo trace um plano de ação por meio de políticas públicas, para analisar a melhor forma de implementar os direitos de forma universal e igualitária a todos.

⁵² CUNHA JÚNIOR. A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). **Estado constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.283

Demonstrou-se, também, que as políticas públicas estão condicionadas às escolhas políticas e à disponibilidade econômica dos entes públicos, para sua elaboração, realização e execução, condicionando-se, ainda, à disponibilidade econômica dos entes públicos.

Verifica-se, então, que os direitos sociais foram examinados a partir da análise da eficácia e efetividade de sua norma, e de sua maior ou menor vulnerabilidade.

A escassez de recursos acaba exigindo do Estado uma escolha, uma preferência, fazendo com que decisões que visam concretizar um direito gerem novas formas de ameaças, privando outros possíveis beneficiários da utilização dos bens ou serviços a que também teriam direito. Isso nos remete para uma atenção maior ao mínimo existencial e à reserva do possível como mecanismos de políticas públicas para a efetivação dos direitos sociais.

No entanto, a falta desses recursos tem sido o alvo de fundamentação para a falta de atuação do Estado em assegurar os direitos sociais, e, conseqüentemente, a motivação das demandas judiciais em busca de resguardar esses direitos.

Verifica-se, também, que em nosso sistema normativo há muita omissão por parte do legislador ao deixar de estatuir sobre um determinado direito, o que, similarmente, faz com que o Judiciário atue em seu lugar, preenchendo as lacunas deixadas em face dos direitos fundamentais sociais.

Contudo, pode se observar que a matéria da judicialização e ativismo judicial, embora muito discutida, ainda não está bem resolvida, para alguns doutrinadores, tanto é que, para um mesmo doutrinador o tema pode ser visto como um aspecto favorável ou negativo.

No entanto, esse controle jurisdicional, configurado através da efetiva atuação do Judiciário, tem ocasionado um conflito entre o constitucionalismo e a democracia, bem como uma instabilidade entre os Poderes. Isso nos remete a levantar questões sobre até que ponto o Poder Judiciário deve atuar nessas demandas, onde o controle jurisdicional encontra amparo e legitimidade, e qual o meio de seu limite de atuação.

Apesar disso, a própria constituição preceitua ao Poder Judiciário o condão de garantir os direitos fundamentais, tendo em vista que, a democracia só é legítima se houver a proteção dos direitos fundamentais sociais; que esses direitos

são tutelados constitucionalmente; que a Constituição da República é a base do sistema jurídico, em que todos os poderes devem respeito.

Embora seja o direito distinto da política, eles não são separados. Consequentemente, a atuação do Judiciário diante da inércia dos demais poderes não significa, necessariamente, o rompimento da sua divisão, nem mesmo que o Judiciário está excedendo; mas sim, que o Judiciário está assumindo sua postura e compromisso de tutelar os direitos fundamentais.

Além do mais, as decisões do Judiciário não estariam afastando-se das políticas, haja vista que as questões colocadas em decisão, geralmente, possuem estimativa que requer uma perfeita adequação entre a realidade social e o ideal de garantia de direitos fundamentais previsto na Constituição.

Assim sendo, a supremacia dos direitos fundamentais atribuída à Suprema Corte a legitimidade da judicialização e do ativismo judicial para proteger, sobretudo, as liberdades individuais, tornando-se verdadeiro fórum de princípios.

Denota-se, então, que a judicialização assegura o maior acesso à justiça; podendo, ainda, ser vista como um avanço na efetivação dos direitos sociais, se, pautada na busca pelo estado de bem-estar tão significativo para a democracia do país, apontando as falhas e as divergências que existem na formação e aplicação das políticas públicas, podendo, assim, possibilitar que novas medidas sejam consideradas e efetivadas.

Contudo, o controle jurisdicional, em face das políticas públicas e dos direitos sociais, deve-se atentar para algumas limitações, devendo ser exercido apenas em casos específicos e de extrema necessidade, para que não ocorra o retrocesso e a violação de demais direitos individuais e coletivos, bem como a transgressão da harmonia dos poderes.

JUDICIALIZATION OF PUBLIC POLICIES: "ADVANCEMENT OR RETROCESSION" FOR THE IMPLEMENTATION OF SOCIAL RIGHTS IN BRAZIL.

ABSTRACT: Social rights depend on a proactive State, however, public policies are not always effective and enough to implement them completely. The objective of this study is to analyze the incidence of judicial activism and of the judicialization of public policies as a way of effecting social rights in Brazil. However, it is essential to conceptualize fundamental rights in Brazil, as well as to

distinguish the ideas of judicial activism and judicialization, to better understand their respective roles in the fulfillment of social rights in face of the inertia of the Executive and Legislative Powers. It is therefore essential challenging the legitimacy of the judiciary as a "manager" of public policies, and if these institutes are effective means to fulfill these rights. Therefore, the study is based on an exploratory and bibliographical scientific research.

Keywords: Social Rights. Judicialization of Public Policies. Judicial Activism.

REFERÊNCIAS

- ACIOLI, Bruno de Lima; CAVALCANTE FILHO, Vagner Paes. **Comentários à Judicialização da política e ao papel contramajoritário dos direitos fundamentais a partir do igualitarismo liberal de Ronald Dworkin**. 2017. Disponível em: <<http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/320>>. Acesso em: 31 mai. 2018.
- ARAUJO, Rafaela Lopes de. **A Judicialização de políticas públicas como meio de garantir o Direito Social à saúde**. 2017. 74f. Trabalho de Graduação (Graduação em Bacharel em Direito) – Centro Universitário de Brasília, UniCEUB, Brasília, 2017.
- AVILA, Kellen Cristina de Andrade. A teoria da reserva do possível e as políticas públicas. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 01 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47214&seo=1>>. Acesso em: 29 maio 2018
- BALESTERO, Gabriela Soares. O controle jurisdicional das políticas públicas e o papel do Estado: uma análise habermasiana. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 5, n. 3, p. 117-132, dez. 2010.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- _____. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle de políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**: Salvador, n. 15, p. 243 -266, jan/mar. 2007. Disponível em: <<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernos/direito/index.php/direito/article/view/639>> Acesso em: 28 set. 2017.
- BARRETO, Vicente de Paulo. **Reflexões sobre os direitos sociais**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v.2, n. 21, jan/jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>>. Acesso em: 12 set.2017.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. **Luís Roberto Barroso**,2009. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf>. Acesso em: 12 set. 2017

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **OAB**, 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 02 de março de 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ**. Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, Data de julgamento: 5 mai. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 29 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal, **ADPF nº 45 MC/DF**, Rel. Min. Celso de Melo, DJU de 04.05.2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 26 maio 2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari et all. **Direitos humanos e políticas públicas**. São Paulo: Pólis, 2001.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos. **Revista Consultor Jurídico**, 28 de maio de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-28/interesse-publico-judicializacao-politicas-publicas-opoe-interesses-individuais-coletivos#author>> Acesso em: 12 set. 2017.

GALLUPO, Marcelo Campos. **Da ideia à defesa: monografias e teses jurídicas**. 2.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

KUGUIMYA, Luciene Lie Política pública de distribuição de medicamentos e Poder Judiciário: análise crítica das decisões do STF e STJ. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, ano 13, n. 1058. 2013, p. 14. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2769/politica-publica-distribuicao-medicamentos-poder-judiciario-analise-critica-decisoes-stf-stj>> Acesso em: 21 maio 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, José A. R.; SANTOS, Márcio G. T. Função e controle das políticas públicas no estado democrático de Direito. **Revista Serviam Juris**. v. 1, n.1, p.75-97, setembro 2017. Disponível em: <http://icesp.br/revistas-eletronicas/index.php/Serviam_Juris/article/view/217>. Acesso em: 20 out. 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2009.

PIMENTA, José Marcelo Barreto, A força dirigente dos direitos fundamentais sociais e a superação da reserva do possível. 2013. 182 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/11330/1/JOS%C3%89%20MARCELO%20BARRETO%20PIMENTA.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/61269>>. Acesso em 09 abr. 2018.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético- jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 533-586.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí: Fundação Universidade do Vale do Itajaí – Univali, v.08. n.02. 2003. p. 257-301.

VALLE, Vanice Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck. O terceiro poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. **Blog Estudos Humeanos**, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <<http://blog.estudoshumeanos.com/wpcontent/uploads/2008/12/artigo-werneck-vianna.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017.