

PODER JUDICIÁRIO E POLÍTICAS PÚBLICAS: CONSIDERAÇÕES SOBRE JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E SEPARAÇÃO DOS PODERES

Saul José Busnello¹

Resumo

O Estado, a fim de proporcionar a vida em sociedade, é responsável pela solução de conflitos. A tarefa de solucionar os conflitos é incumbida a um órgão, o Poder Judiciário. Inicialmente, a função do Poder Judiciário estava restrita a aplicação da letra da lei ao caso conflituoso. Com a passagem do Estado Liberal ao Estado Social, bem como com a inauguração do controle de constitucionalidade, as atuações deste Poder se expandiram. Ao lado disso, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, houve uma ampliação no rol de direitos fundamentais e suas esferas de proteção. No Brasil, isso faz com que o Poder Judiciário seja demandado a fim de concretizar os direitos fundamentais previstos na Constituição. Nesse cenário se insere o presente artigo. Partindo de considerações sobre a teoria clássica da separação dos poderes e suas adaptações para a modernidade, o artigo avança para analisar como essas adaptações favoreceram o surgimento do fenômeno da judicialização, que se caracteriza, basicamente, no crescente número de demandas onde o Poder Judiciário é provocado a decidir sobre temas relacionados às políticas públicas, temas estes que não estão inseridos diretamente na sua competência, mas sim do Poder Executivo e do Poder Legislativo, tais como a inexistência de vagas em creches e escolas, tratamentos médicos, fornecimento de medicamentos e outros. Para melhor compreender o que vem a ser esse fenômeno chamado judicialização, convém investigar suas causas, características e as discussões que o rodeiam, tais como a discussão acerca do papel e força normativa da Constituição, discussão essa travada, principalmente, entre as teorias materiais-substanciais e as teorias procedimentais. Muitas vezes o termo judicialização é empregado como um sinônimo de ativismo judicial ou vice-versa. A judicialização e o ativismo judicial possuem notórias diferenças, não sendo adequado tratá-los como equivalentes. Por fim, busca-se demonstrar a compatibilidade do fenômeno da judicialização com o princípio da separação dos poderes.

Palavras-Chave: Judicialização. Políticas Públicas. Poder Judiciário. Separação dos Poderes. Ativismo Judicial.

¹ Advogado atuante em Blumenau/SC - OAB/SC 25091; Membro efetivo do Instituto dos Advogados de Santa Catarina – IASC; Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; Pós-Graduado em Direito Processual Civil pelo Instituto Catarinense de Pós-Graduação – ICPG; Graduado em Direito pelo Centro de Educação Superior de Blumenau – CESBLU; Graduado em Tecnólogo em Processamento de Dados a Nível Superior pela Universidade Regional de Blumenau – FURB; Professor Universitário, Titular no Curso de Direito do Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI (Graduação e Pós Graduação *lato sensu*); Membro do Grupo de Pesquisa Estado, Constitucionalismo e Produção do Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; Coordenador Editorial da Revista Julgados Turmas de Recursos e Tribunal de Justiça de Santa Catarina [ISSN 1415-529X]; Editor Responsável e Membro do Conselho Editorial da Revista Direito UNIDAVI [ISSN 2177-2991]; Autor de Livros e de Artigos Jurídicos publicados em periódicos impressos de circulação nacional e On-line. E-mail: <saулbusnello@hotmail.com> <saул@unidavi.edu.br>

Abstract

In order to provide life in society, the state is responsible for conflicts resolution. The task of solving conflicts is entrusted to an organ, the Judicial Power. Initially, the Judiciary function was restricted to applying the letter of the law to conflicting case. With the passage of the Liberal State to Social State and with the opening of judicial review, the performances of this power expanded. Beside this, with the promulgation of the Brazilian Federal Constitution of 1988, there was an expansion in the list of fundamental rights and their protection spheres. In Brazil, this makes the Judiciary be demanded in order to put into practice the fundamental rights provided by the Constitution. In this scenario belongs this article. Starting from considerations of the classic separation of powers and their adaptations to modernity, this study goes on to analyze how these adaptations have encouraged the emergence of the judicialisation phenomenon, which is characterized primarily in the growing number of demands where the judiciary is provoked to decide on topics related to public policies, subjects that are not inserted directly in its jurisdiction, but in the executive branch and in the legislative branch, such as the lack of vacancies in kindergartens and schools, medical treatment, provision of medicines and other. To better understand what is this called judicialisation phenomenon, it's necessary to investigate it's causes, characteristics and the discussions surrounding it, such as the discussion about the role and normative force of the Constitution. Discussion that is mainly between substantials-materials theories and procedural theories. Often the term judicialisation is employed as a synonym for judicial activism or vice versa. The judicialisation and judicial activism have obvious differences, it is not appropriate to treat them as equivalent. Finally, we seek to demonstrate the compatibility of the judicialisation phenomenon with the separation of powers principle.

Keywords: Judicialisation. Public Policies. Judiciary Power. Separation of Powers; Judicial. Activism.

1 INTRODUÇÃO

O homem é um animal político, feito para viver em sociedade, de modo que aquele que não o faz é um ser vil ou superior aos outros homens.² A célebre definição do filósofo grego Aristóteles é um interessante ponto de partida para a presente discussão. A fim de garantir sua subsistência, o homem organiza-se em uma sociedade, com indivíduos de diferentes culturas, crenças e etc. Dadas as peculiaridades de cada indivíduo e a impossibilidade destes indivíduos guiarem todas as suas pretensões em um mesmo sentido, conflitos³ surgem.

Como o conflito é prejudicial à sociedade, formas e ferramentas para a resolução desse conflito devem ser postas a disposição da sociedade⁴. Nesse cenário o Direito surge com o objetivo de “assegurar o equilíbrio, a harmonia, a paz social”⁵. O Estado monopoliza a função

² ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 14.

³ Conforme Sergio Bermudes, conflito é um “antagonismo de pretensões entre componentes do grupo social.” (BERMUDES, Sergio. **Introdução ao processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 11.).

⁴ BUSNELLO, Saul José; SANTOS SOBRINHO, Elizeu de Oliveira. A função social da mediação. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí. v. 10, n. 3, 2º quadrimestre de 2015, p. 1558-1582. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/7918/4498>>. Acesso em: 22 Dez. 2015. ISSN 1980-7791. p. 1560.

⁵ BERMUDES, Sergio. **Introdução ao processo civil**. p. 5.

de disciplinar a sociedade e resolver os conflitos e exerce tal monopólio, por meio do Direito, pelo Poder Judiciário⁶.

O Estado tem o monopólio da jurisdição de modo que alguém que tenha sido lesado ou ameaçado deverá procurar o Estado (Poder Judiciário) para ampará-lo, pois

desde que o Estado proibiu a justiça de mão própria e chamou a si, com exclusividade, a tarefa de assegurar o império da ordem jurídica, assumiu para com todos e cada um de nós o grave compromisso de tornar realidade a disciplina das relações intersubjetivas prevista nas normas por ele mesmo editadas.⁷

No contexto de um Estado Democrático de Direito, a função do Poder Judiciário expandiu-se de modo que sua atuação não está mais restrita a solução dos conflitos individuais ou a limitação dos demais poderes para garantir a fruição dos direitos civis e políticos⁸. Quando o Estado, de modo específico o Poder Executivo e Legislativo, não cumpre adequadamente suas funções, o Poder Judiciário é chamado a intervir em âmbitos de atuação daqueles Poderes.

Assim, em sua função insere-se o dever de pronunciar-se sobre questões envolvendo políticas públicas, tais como o direito a saúde, moradia, educação e demais direitos sociais, temas estes que estão inseridos na esfera de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo. Nesse contexto surgem diversas indagações acerca da judicialização de políticas públicas⁹, tema central do presente artigo. O Poder Judiciário teria “competência” institucional para pronunciar-se acerca de tais temas ou ao fazê-lo viola o princípio da separação dos poderes? Ao pronunciar-se sobre políticas públicas, não estaria este Poder caindo no ativismo e/ou decionismo? Existem limites para a atuação do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas? Tais questionamentos serão tratados no decorrer do artigo.

A primeira parte do artigo elenca a teoria clássica da separação dos poderes, proposta por Montesquieu no contexto histórico do liberalismo. Nesta teoria, aos juízes era relegada a tarefa de ser a “boca da lei”. Com a inauguração do controle de constitucionalidade, bem como com a Revolução Industrial, alterou-se substancialmente essa concepção dos juízes, que tiveram suas funções e áreas de atuação ampliadas.¹⁰ Isso proporcionou uma crescente

⁶ LEMOS, Maitê Damé Teixeira; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. O judiciário e o controle jurisdicional de políticas públicas: um mal necessário em nome da promoção de um bem necessário? In ALEXY, Robert et al (Orgs.). **Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha**. Joaçaba: Unoesc, 2013. p. 644.

⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, v. 19, n. 0, p. 117-126, 1979. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/8826/6136>>. Acesso em: 18 Dez. 2015. ISSN 2236-7284. p. 117.

⁸ CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O controle jurisdicional das políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 286.

⁹ Segundo Wilson Donizeti Liberati, políticas públicas são traduzidas como a “coordenação dos meios colocados à disposição do Estado, de forma a harmonizar as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Sob outra ótica, as políticas públicas devem ser vistas como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de propriedades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo Direito.” (LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 89-90.).

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O controle jurisdicional das políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 125-126.

intervenção do Poder Judiciário em âmbitos que não estão diretamente inseridos em sua “competência”. A essa intervenção, grosso modo, dá-se o nome de judicialização.

Na segunda parte há uma análise acerca das causas da judicialização, que consistem, entre outras, na recente redemocratização do país, na abrangência dos direitos e garantias fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no sistema de controle de constitucionalidade¹¹. Considerado híbrido ou misto, ou ainda eclético, o sistema adotado pelo Brasil combina aspectos dos sistemas americano e europeu, de modo que

desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no artigo 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas — as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais — podem ajuizar ações diretas.¹²

Tais causas, principalmente no que se refere ao sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil, reacendem o debate entre as teorias materiais-substanciais e procedimentais, que buscam delimitar o papel da Constituição, sua força normativa e seu grau de dirigismo¹³, tema que deve ser levado em conta ao se debater a judicialização de políticas públicas.

Encerrar-se-á o artigo, buscando-se evidenciar as diferenças existentes entre a judicialização e o ativismo judicial. A judicialização é um fenômeno que se relaciona com o papel abrangente da Constituição e com o sistema misto de controle de constitucionalidade enquanto o fenômeno do ativismo judicial é uma atitude proativa do intérprete, que expande o sentido e alcance da norma¹⁴. Ainda, buscar-se-á analisar a compatibilidade do fenômeno da judicialização com o princípio da separação dos poderes.

Na elaboração do artigo foi utilizado o Método Indutivo¹⁵, tanto na Fase de Investigação quanto na apresentação do relato dos seus resultados e, conjuntamente, foram adotadas as Técnicas do Referente¹⁶, da Categoria¹⁷, do Conceito Operacional¹⁸ e da Pesquisa Bibliográfica.¹⁹

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. (Syn) thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. p. 24.

¹² BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, 22 dez. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 08 Dez. 2015. ISSN 1809-2829. p. 2.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 13.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 31.

¹⁵ De acordo com Cesar Luiz Pasold “**MÉTODO INDUTIVO: base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral.**” (maiúsculos e negritos no original). (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e Prática**. 13. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 213).

¹⁶ Para Cesar Luiz Pasold “**REFERENTE é a explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma Pesquisa.**” (maiúsculos e negritos no original). (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e Prática**. p. 65).

¹⁷ Segundo Cesar Luiz Pasold, “**Categoria é a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.**” (negritos no original). (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e Prática**. p. 36).

2 DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES À JUDICIALIZAÇÃO

A teoria clássica da separação dos poderes proposta por Montesquieu foi concebida para assegurar a liberdade dos indivíduos frente à tirania do governo. Segundo ele, quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura estão reunidos o Poder Executivo e o Poder Legislativo, não há o que se falar em liberdade, uma vez que a reunião de poderes permite o surgimento, manutenção e execução de leis tirânicas.²⁰ Tal teoria foi proposta no momento histórico do liberalismo, onde se objetivava o enfraquecimento do Estado e a restrição de sua atuação no âmbito das liberdades individuais, as chamadas liberdades negativas, onde o Estado se abstém de interferir na fruição das liberdades individuais, período de consolidação dos direitos fundamentais de primeira geração.²¹

Na teoria clássica de separação dos poderes o papel dos juízes consistia em aplicar, quase que mecanicamente, a lei geral e abstrata editada pelo Poder Legislativo. Dessa forma, os juízes poderiam ser caracterizados como *la bouche de la loi* pois

ainda não se havia concebido a competência do Judiciário para declarar inválidas as leis contrárias à Constituição, suspendendo-se, por conseguinte, a sua execução; tanto mais que, na Inglaterra, os juízes sempre foram considerados, institucionalmente como altos funcionários do rei.²²

Com a transição do Estado Liberal ao Estado Social²³, alterou-se significativamente a concepção do Estado e suas finalidades, sendo que este, concomitante ao seu dever de abstenção, tornou-se responsável por deveres de atuação positiva, devendo assim satisfazer de forma efetiva os direitos de liberdades individuais da primeira geração de direitos fundamentais e garantir a igualdade material entre os membros do corpo social, a segunda geração de direitos fundamentais.²⁴

Ao lado disso, já no Século XIX, a teoria da separação dos poderes foi desenvolvida e adaptada para que, além da separação dos poderes, proporcionasse um aumento na eficiência do Estado, o que seria possível pela distribuição de suas atribuições entre os órgãos especializados.²⁵

¹⁸ No entendimento de Cesar Luiz Pasold, “**Conceito Operacional (=Cop) é uma definição para uma palavra e expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos**”. (negritos e itálicos no original). (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e Prática**. p. 54).

¹⁹ Conforme Cesar Luiz Pasold, “**PESQUISA BIBLIOGRÁFICA: Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais**.” (maiúsculos e negritos no original). (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e Prática**. p. 215).

²⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 215.

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O controle jurisdicional das políticas públicas**. p. 125.

²² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 113.

²³ O Estado Liberal surgiu no final do século XVIII em razão das teorias filosóficas do Iluminismo e Liberalismo, pautando-se no poder supremo da lei como limitadora do poder político, garantindo a liberdade e os direitos fundamentais do indivíduo. O Estado Social surge com o término da II Grande Guerra Mundial e é pautado pela defesa da igualdade e da liberdade, sendo que a atividade estatal deverá ser no sentido de proporcionar a satisfação do bem-estar do ser humano em seu meio ambiente e atender às suas necessidades. (LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no estado constitucional**. p. 32- 46).

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O controle jurisdicional das políticas públicas**. p. 126.

²⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. p. 215.

A caracterização dos juízes como *la bouche de la loi* passou a ser modificada a partir do controle de constitucionalidade inaugurado pelo juiz americano John Marshall (presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos) no caso *Marbury vs Madison*, onde se afirmou a supremacia da Constituição em detrimento à lei, que poderia ser assim fulminada, bem como com da Revolução Industrial ocorrida no início do Século XX, onde as massas operárias passaram a desempenhar um relevante papel no cenário social.²⁶

Nesse cenário, as funções de controle do Poder Judiciário e conseqüentemente as áreas de atuação dos juízes se ampliaram.²⁷

Em razão dessa ampliação das funções do Poder Judiciário, bem como da alteração do verdadeiro papel da Constituição²⁸, que, no Brasil, nos últimos anos, conquistou força normativa e efetividade, deixando de ser um documento político e passando a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais²⁹, este Poder é constantemente provocado a concretizar ou determinar a concretização de certos preceitos constitucionais, gerando um aumento da atuação e/ou intervenção do Poder Judiciário em âmbitos que, via de regra, não estariam inseridos em sua “competência”.³⁰

No contexto de um Estado Democrático de Direito como o brasileiro essa prática se torna ainda mais presente. Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 os direitos fundamentais e suas esferas de proteção foram ampliados, o que faz com que o Poder Judiciário seja acionado a fim de garantir e assegurar os direitos consagrados na Constituição de 1988.³¹

Essa crescente intervenção do Poder Judiciário no que se refere à concretização dos direitos fundamentais traz algumas preocupações para a comunidade jurídica. Primeiramente, tal intervenção não estaria afrontando a própria Constituição de 1988, que determinou em seu artigo 2º a independência dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário³²? Ainda, ao

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O controle jurisdicional das políticas públicas**. p. 126.

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O controle jurisdicional das políticas públicas**. p. 126.

²⁸ Neste trabalho, sempre que a expressão Constituição for utilizada de modo isolado deve ser entendida como documento solene que contém a vontade política de um povo, que tem como finalidade a proteção do indivíduo contra os abusos do Estado, assegurar a garantia dos direitos fundamentais e a separação dos poderes determinada, conforme a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu art. 16. (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 155.) Nesse mesmo sentido, Fábio Konder Comparato leciona que “a Constituição moderna, ao contrário, tal como a conceberam pela primeira vez os norte-americanos, é um ato de vontade, o supremo ato da vontade política de um povo. A sua finalidade precípua é a proteção do indivíduo contra os abusos dos governantes. Por esta razão, ela deve constar de um documento solene, que é a verdadeira Carta Magna das liberdades.” (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 109.) Quando se referir especificadamente à Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988 utilizar-se-á a expressão Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sua sigla CRFB/1988 ou Constituição de 1988.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 31, n. 66, jul./dez, p. 89-114, 2007. p. 90.

³⁰ LEMOS, Maitê Damé Teixeira; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. O judiciário e o controle jurisdicional de políticas públicas: um mal necessário em nome da promoção de um bem necessário? In ALEXY, Robert et al (Orgs.). **Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha**. p. 642.

³¹ LEMOS, Maitê Damé Teixeira; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. O judiciário e o controle jurisdicional de políticas públicas: um mal necessário em nome da promoção de um bem necessário? In ALEXY, Robert et al (Orgs.). **Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha**. p. 644.

³² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 nov. 2015.

determinar a maneira como se dará a concretização de determinados direitos, não estaria o Poder Judiciário, por meio das ações de seus magistrados, incorrendo num ativismo ou decionismo judicial?

Tais indagações serão perquiridas mais detalhadamente no decorrer do artigo. Antes disso, convém elucidar de modo mais cuidadoso o que é a judicialização, suas causas e efeitos, bem como o papel da Constituição no que se refere a sua força normativa e grau de dirigismo, o que se fará a seguir.

3 AS CAUSAS DA JUDICIALIZAÇÃO E O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO

Com o advento da Constituição de 1988 o Estado ficou encarregado de concretizar uma imensidão de tarefas³³. Basta uma rápida análise dos objetivos fundamentais da República, presentes no artigo 3º da Constituição de 1988³⁴, para se chegar a tal conclusão. Além dos objetivos fundamentais previstos no artigo 3º, tem-se a positivação de diversos outros direitos de cunho social.

Uma vez amparados pela Constituição de 1988, deve o Estado garantir que esses direitos sejam efetivados. Caso os Poderes responsáveis por essa efetivação resem inertes ou ineficientes caberá ao cidadão valer-se dos meios próprios e resguardar seus direitos. Essa prática vem sendo realizada de forma contumaz pelos cidadãos, gerando demandas que visam, principalmente, a efetivação de políticas públicas.

Nesse sentido, é possível observar que certas questões que possuem uma larga repercussão política e/ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais, (Congresso Nacional e o Poder Executivo) em cujo meio se fazem presentes o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública de um modo geral, ocorrendo uma transferência de poder decisório para juízes e tribunais, o que acarreta significativas alterações na linguagem empregada, na argumentação e no modo de participação da sociedade.³⁵ Quando se opera a transferência do poder decisório de temas com eminente carga política e/ou social a juízes e tribunais, tem-se a chamada judicialização.

A judicialização não é privilégio do Brasil. Em épocas diversas e em diferentes nações do Globo, as cortes constitucionais destacaram-se como protagonistas de decisões de largo alcance político, de implementação de Políticas Públicas e de escolhas morais em temas altamente controvertidos na sociedade. Para ilustrar esse protagonismo basta lembrar episódio que marcou a eleição presidencial americana de 2000, no julgamento *Bush x Gore*. Outro exemplo está na decisão das altas cortes no que se refere à validade de planos econômicos, como aconteceu na Hungria e na Argentina.³⁶

³³ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 31.

³⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 nov. 2015.)

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 24.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 23.

Desse modo, passa-se de um direito que somente reproduz a realidade a um direito com potencialidade de transformar a sociedade, como consta no texto da Constituição de 1988. Enquanto inserido num Estado Democrático (e Social) de Direito como o Brasil, o direito é sempre um instrumento de transformação, pois regula a intervenção do Estado na economia, estabelece a obrigação de realização de políticas públicas, além do imenso catálogo de direitos fundamentais-sociais.³⁷

No cenário brasileiro, dadas às condições já abordadas, tem-se uma multiplicidade de causas responsáveis pelo surgimento e manutenção da Judicialização. Explorar todas as causas implicaria em fugir do tema proposto, razão pela qual, para fins de sistematização, utilizar-se-á os constructos de Luís Roberto Barroso, que elenca as três principais causas da judicialização.

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que culminou com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a “Constituição Cidadã” que proporcionou o fortalecimento e a expansão do Poder Judiciário, bem como o aumento do número de demandas por justiça, uma vez que esta Constituição reavivou a cidadania e a consciência de direitos a amplos segmentos da população.³⁸

A segunda causa da Judicialização reside na abrangência da Constituição de 1988, que abarcou inúmeras matérias que outrora eram relegadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Com essa abrangência, transformou política em direito.³⁹

A última causa da Judicialização se encontra no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Um dos mais abrangentes do mundo, o controle de constitucionalidade brasileiro combina aspectos de dois sistemas, o americano (incidental e difuso) e o europeu (direto). Em razão desse sistema híbrido o número de questões políticas que podem ser alçadas ao Supremo Tribunal Federal é consideravelmente vasto.⁴⁰ Interessante recordar o intenso debate teórico travado entre Hans Kelsen e Carl Schmitt acerca de quem deveria ser o guardião da Constituição. Schmitt era contrário à existência de uma jurisdição constitucional, alegando que

o Estado de Direito civil baseia-se justamente na diferença objetiva entre diversos poderes. Pode-se rejeitar a diferenciação dos poderes devido a tendências absolutistas, como usual na teoria do direito público da monarquia constitucional alemã, e pode-se, também, deixar ao juiz uma certa liberdade, mas não se lhe pode outorgar a decisão política, que é assunto do legislador [...].⁴¹

Para Schmitt, a existência de um Tribunal Constitucional levaria a transferência de poderes do Legislativo ao Judiciário, o que acabaria por gerar uma judicialização da política.⁴² Hans Kelsen defende a existência de um Tribunal Constitucional com a finalidade de realizar um exame de correspondência entre a norma infraconstitucional e a norma que constitui seu fundamento de validade (Constituição).⁴³ Tal exame é lógico e estritamente normativo,

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. p. 2.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 24.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 24.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 24-25.

⁴¹ SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Del Rey: Belo Horizonte, 2007. p. 55.

⁴² SCHMITT, Carl. El defensor de la Constitución. In: **La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?** Madrid: Tecnos, 2009. p. 41-43.

⁴³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 222.

independendo de natureza política ou da qualidade moral da norma examinada.⁴⁴ Os argumentos deduzidos por Kelsen mostraram-se prevalentes e a jurisdição constitucional alcançou grande parte do mundo moderno.

Voltando às diferentes causas da judicialização em terras brasileiras, percebe-se que a Constituição de 1988 ocupa um papel central nesta temática. Na primeira causa, ela está afeta a reestruturação do Estado. Na segunda causa tem-se a sua abrangência, ao passo que a última causa reside nos mecanismos de seu controle. Como dito, essas não são as únicas causas da judicialização, poderiam ser citadas ainda a utilização dos tribunais por grupos de oposição, bem como a ingerência de outros grupos com interesses privados⁴⁵.

Sendo assim, é necessário, ainda que de modo breve, tecer considerações acerca do embate entre as teorias que buscam elucidar o papel da Constituição, sua força normativa e seu grau de dirigismo. Este debate é fundamental para que se possa definir o papel a ser desenvolvido pela jurisdição constitucional, tema que interessa àqueles que se aventuram a debater o tema da judicialização.⁴⁶

O papel da Constituição, sua força normativa e seu grau de dirigismo dependem da assunção de um dos eixos temáticos que buscam respostas a tais indagações. De um lado as teorias materiais-substanciais, que colocam ênfase na regra contra majoritária, o que reforçaria a relação entre Constituição e Democracia. Em síntese tais teorias reforçam a Constituição como norma (força normativa), evidenciando seu conteúdo compromissório a partir da concepção dos direitos fundamentais-sociais como valores a serem concretizados, o que acaba por inserir uma nova discussão referente à legitimidade do poder judiciário para, nos casos de inércia injustificável dos demais poderes, implementar essa missão. O modelo substancialista “trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social.”⁴⁷

Em outro viés, as teorias procedimentais alegam que essa relação enfraquece a democracia pela falta de legitimidade da justiça constitucional. “Uma jurisdição constitucional interventiva “coloniza” o mundo da vida.” Todavia, em alguns casos chega a apontar um constitucionalismo débil, pois a Constituição teria tão somente a função de limitar o poder existente, sem prever nenhuma forma de defesa material dos direitos fundamentais.⁴⁸

Desta feita, torna-se difícil sustentar as teorias procedimentais em países de modernidade tardia como o Brasil, onde parte considerável dos direitos fundamentais-sociais, promulgados há mais de 27 anos pela Constituição de 1988, ainda não são cumpridos nos moldes idealizados por esta Constituição. Não parece adequado destinar ao Poder Judiciário tão somente a função de zelar pela observância dos procedimentos democráticos para a formação da opinião vontade política.⁴⁹

⁴⁴ DA SILVA MOREIRA, Pedro. O Supremo Tribunal Federal entre Schmitt e Kelsen: o guardião da constituição no julgamento da "ficha limpa". **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, v. 21, n. 1, p. 35-49, 2013. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/12/12>>. Acesso em: 22 Dez. 2015. ISSN 1983-2303. p. 40.

⁴⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009, p. 25.

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. p. 13.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. p. 13-21.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. p. 13-14.

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. p. 15.

Destaca-se os constructos de Ferdinand Lassalle sobre o aspecto sociológico da Constituição, que deveria consistir na soma dos fatores reais e efetivos do poder. Se não corresponder a tais fatores jamais passará de uma mera folha de papel. Fazendo uma analogia com uma macieira, de nada adianta plantar uma macieira e etiquetá-la como uma figueira, a etiqueta presente na macieira não fará com que esta se transforme numa figueira. Ainda que diversas pessoas proclamassem que tal árvore era uma figueira, ela permaneceria como uma macieira, e, dando frutos, todos perceberiam que aquilo sempre fora uma macieira. De modo semelhante é a Constituição, ela deverá representar a vontade e necessidade das forças sociais, a expressão dos interesses e a efetivação do poder social, pois, “de nada serve o que se escreve numa folha de papel se não se ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos de poder”.⁵⁰

Todavia, com esse constitucionalismo-dirigente⁵¹, pode o Poder Judiciário tomar posição ativa em relação à efetivação dos direitos fundamentais? Se sim, como fazê-lo sem afrontar o princípio da separação dos poderes e/ou incorrer no ativismo judicial? Na parte que segue busca-se uma resposta a tais indagações.

4 DAS DIFERENÇAS ENTRE JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: ONDE ESTÁ A SEPARAÇÃO DOS PODERES?

A atuação do Estado deve ser direcionada para a satisfação das necessidades e direitos das pessoas que, por meio do texto constitucional, têm asseguradas a proteção da dignidade, da liberdade, da intimidade e de tantos outros direitos subjetivos, individuais e coletivos. Tais necessidades e direitos somente poderão ser efetivos se o Estado prestar o serviço referente aos direitos equivalentes. A atividade prestacional do Estado será desenvolvida por atores, pessoas, organizações e instituições que estejam encarregadas de prover as pessoas de todos os seus direitos. Por esta razão, e em homenagem ao princípio da legalidade, a atividade prestacional deverá ser previamente fixada em lei.⁵²

As atividades prestacionais do Estado estão vinculadas à lei. Todavia, parece certo afirmar que a lei não prevê um mandamento específico para todos os casos existentes, assim como possui contradições e lacunas. Aliado a isso, tem-se que algumas leis não acompanham o desenvolvimento da sociedade, com suas novas e complexas demandas. Nesse cenário, os princípios⁵³ constitucionais surgem para permitir a oxigenação do sistema. Em outros termos,

⁵⁰ LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica - Líder, 2004. p. 68.

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** p. 21.

⁵² LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no estado constitucional.** p. 82.

⁵³ Oportuno recordar a distinção que Ronald Dworkin faz entre princípios e regras. Para Dworkin, princípio, no sentido genérico, é um “padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência da justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (*sic*). Além disso, diferentemente das regras, que são “aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada”, de modo que “dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”, os princípios possuem uma dimensão de peso ou de importância. Sendo assim, diante de uma colisão de princípios, dadas as circunstâncias do caso concreto, um princípio será preferido a outro, sem, contudo, implicar na invalidade ou exclusão do princípio oposto. (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** (Col. Justiça e Direito). Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 37-46).

a jurisdição interpreta as normas de modo a torná-las compatíveis com a atualidade sem que existam alterações normativas constantes.⁵⁴

Tendo em vista que o direito atua também como instrumento de mudança social⁵⁵, não há como pensar em um Poder Judiciário totalmente “apolítico”. O Poder Judiciário, notadamente na jurisdição constitucional, ao interpretar as normas constitucionais, de nítido caráter aberto e principiológico, aproxima-se da política, pois seu objeto de controle é a própria política. Esse fato tem sido, simultaneamente, causa e consequência da ampliação da atuação da jurisdição constitucional acerca de temas de natureza política (judicialização de políticas públicas).⁵⁶

Hodiernamente, muito mais do que simplesmente interpretar as normas, o papel do Poder Judiciário tem sido o de concretizar os direitos fundamentais. Com isso surgem alguns problemas. O principal deles é que o papel desempenhado pelo Poder Judiciário quando decide temas com carga política e/ou social (judicialização) passa a ser associado ao ativismo judicial. Esse é, pois, o grande dilema que permeia o Judiciário: quando adota uma postura intervencionista em suas decisões, imiscuindo-se até mesmo no controle de políticas públicas, será considerado ativista e inovador, em outro viés, se suas decisões assumirem uma postura *self-restraining* será criticado em razão da timidez ou conservadorismo.⁵⁷

Em um primeiro momento poderia se pensar que ativismo judicial e judicialização são conceitos equivalentes. Todavia, tal pensamento estaria equivocado, pois tais conceitos são distintos entre si. Mesmo possuindo consideráveis semelhanças a ponto de serem classificados como primos (frequentam os mesmos “lugares”), o ativismo judicial e a judicialização não possuem as mesmas origens, isto é, não são gerados pelas mesmas causas imediatas.⁵⁸

A judicialização, em terras brasileiras, é uma circunstância que decorre do modelo constitucional adotado, que permitiu que o Poder Judiciário analisasse matérias de ordem política, não podendo ser encarado como um exercício deliberado de vontade política. Quando se fala em judicialização deve-se ter em mente que o Poder Judiciário prolatou decisão porque era o que lhe cabia fazer. Dado que a norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, seja de ordem subjetiva ou objetiva, ao magistrado cabe dela conhecer, decidindo a matéria.⁵⁹

Desta feita, a atuação do Poder Judiciário em temas políticos não é de ofício, mas sim provocada, sugerindo que a responsabilização por esta atuação não reside nos magistrados ou no Poder Judiciário, reside no próprio sistema jurídico que lhe atribui competência para analisar tais situações. Com a judicialização não é diferente, pois é um fenômeno derivado do próprio ordenamento jurídico, relacionado a fatores externos como a constitucionalização do

⁵⁴ LEMOS, Maitê Damé Teixeira; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. O judiciário e o controle jurisdicional de políticas públicas: um mal necessário em nome da promoção de um bem necessário? In ALEXY, Robert et al (Orgs.). **Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha**. p. 653.

⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 21.

⁵⁶ LEMOS, Maitê Damé Teixeira; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. O judiciário e o controle jurisdicional de políticas públicas: um mal necessário em nome da promoção de um bem necessário? In ALEXY, Robert et al (Orgs.). **Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha**. p. 653.

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. p. 121.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 25.

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 25.

direito, os direitos fundamentais sociais, o eminente caráter principiológico da Constituição de 1988 e outros.⁶⁰

Por sua vez, a ideia de ativismo judicial está associada a uma “participação mais ampla e intensa” do Poder Judiciário na concretização de determinados valores e fins previstos na Constituição, com maior grau de interferência no espaço de atuação dos demais Poderes (Legislativo e Executivo). O ativismo judicial é a “escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. Normalmente instala-se em casos de retração do Poder Legislativo, de um certo “descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”. A postura ativista manifesta-se por meio de condutas que incluem

a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) 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; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁶¹

Ainda que próximos, a judicialização e o ativismo, são fenômenos distintos. Como já evidenciado, a judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotado no Brasil, o que leva a concluir que o fenômeno da judicialização não é oriundo do Poder Judiciário, mas sim do próprio constituinte. Noutra norte, o ativismo judicial, expressa uma atitude proativa e expansiva do intérprete, potencializando o sentido e alcance das normas constitucionais, indo além do que foi estipulado pelo legislador ordinário. Trata-se de um “mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso”.⁶²

Estes dois fenômenos carregam com si certos riscos, que envolvem, principalmente, a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias (problema da separação dos poderes).⁶³

No que tange à capacidade institucional do Judiciário (princípio da separação dos poderes), não se deve esquecer que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, modelo de Estado diferente daquele existente quando da fundação da teoria da separação dos poderes de Montesquieu. A separação proposta por Montesquieu foi superada. Com os primeiros sinais do intervencionismo estatal já ocorreram significativas alterações na relação entre os Poderes, de modo que houve um deslocamento da esfera de tensão do Poder Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário.⁶⁴

No Estado Democrático de Direito, com uma série de direitos e garantias fundamentais inseridos na Constituição de 1988, tais direitos e garantias passaram a ser o centro de todo o sistema jurídico. Assim, dada à supremacia dos direitos e garantias fundamentais todos os Poderes estão a eles vinculados, devendo protegê-los e concretizá-

⁶⁰ LEMOS, Maitê Damé Teixeira; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. O judiciário e o controle jurisdicional de políticas públicas: um mal necessário em nome da promoção de um bem necessário? *In* ALEXY, Robert et al (Orgs.). **Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha**. p. 655.

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 26.

⁶² BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 31.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 31.

⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 163.

los.⁶⁵ Não se pode afirmar, portanto, que a cidadania sofreu um retrocesso quando da concessão de liminares para a área de saúde, a abertura de vagas em escolas e creches, etc.⁶⁶

Não há uma relação de interpenetração entre os Poderes, mas sim uma relação de colaboração/cooperação harmônica, já que os Poderes, sejam eles considerados individualmente ou em conjunto, são responsáveis pela consolidação dos ditames constitucionais, de modo especial, a realização dos direitos e garantias fundamentais. Numa palavra, todos os Poderes devem, por meio de ações harmônicas, buscar a concretização dos objetivos e direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988.⁶⁷

Outro aspecto a ser elencado quando se debate o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário são os trabalhos que enxergam neste poder um “canal institucional pelo qual interesses tradicionalmente excluídos do processo político acessam o debate público e se fazem representar na formulação de políticas públicas.”⁶⁸

Mesmo diante da possibilidade de interferência do Poder Judiciário em questões de eminente cunho político, não parece correto pensar em um controle judicial de políticas públicas irrestrito. Algumas limitadoras devem ser impostas para que o princípio constitucional da separação dos poderes não seja violado. Entre elas tem-se a razoabilidade da pretensão individual/social pleiteada e a irrazoabilidade da lei ou do agente público e a reserva do possível, tanto no seu sentido financeiro como em tempo necessário para realizar o planejamento da nova política pública.⁶⁹ Portanto, dentro dos limites, é plenamente possível que o Poder Judiciário exerça um controle jurisdicional de políticas públicas, aqui entendidas como programas e medidas que tem como finalidade atingir os objetivos fundamentais do Estado, sendo que tal controle não fere o princípio da separação dos poderes.⁷⁰

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Grande parte dos Estados Democráticos espalhados pelo mundo organiza-se segundo um modelo de separação de Poderes. As funções de criar o direito positivo (legislar), concretizar o Direito e prestar serviços públicos (administrar) e aplicar o Direito nos casos de conflito (julgar) são atribuídos a órgãos distintos, especializados e independentes que, no Brasil, são o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente. Além disso, tais Poderes exercem um “controle recíproco sobre as atividades de cada um, de modo a impedir o surgimento de instâncias hegemônicas, capazes de oferecer riscos para a democracia e para os direitos fundamentais.”⁷¹

⁶⁵ LEMOS, Maitê Damé Teixeira; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. O judiciário e o controle jurisdicional de políticas públicas: um mal necessário em nome da promoção de um bem necessário? In ALEXYS, Robert et al (Orgs.). **Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha.** p. 655.

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** p. 121.

⁶⁷ LEMOS, Maitê Damé Teixeira; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. O judiciário e o controle jurisdicional de políticas públicas: um mal necessário em nome da promoção de um bem necessário? In ALEXYS, Robert et al (Orgs.). **Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha.** p. 650.

⁶⁸ BADIN, Arthur Sanchez. **Controle judicial das políticas públicas.** São Paulo: Malheiros, 2013. p. 42

⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O controle jurisdicional das políticas públicas.** p. 149.

⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O controle jurisdicional das políticas públicas.** p. 149.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** p. 30.

Essa noção clássica da divisão dos poderes não se coaduna com o Estado Democrático de Direito contemporâneo, que estabelece um Estado forte, intervencionista e regulador.⁷² Desta feita, quando um desses Poderes se mostra ineficiente no exercício de suas funções cabe aos demais buscar uma solução. O cidadão deve ser amparado pelo Estado em todas as suas esferas de atuação, sendo o Poder Judiciário um meio hábil a buscar a efetivação dos direitos e garantias constitucionalmente previstas (judicialização).

O Poder Judiciário é o responsável pela guarda da Constituição (é o guardião da Constituição) e deve fazê-la valer em face dos demais Poderes em nome dos direitos e garantias fundamentais, bem como dos valores e procedimentos democráticos.⁷³

No Brasil, a presença de dois grupos distintos de pessoas, o “sobreintegrado ou sobrecidadão, que dispõe do sistema, mas a ele não se subordina, e o subintegrado ou subcidadão, que depende do sistema, mas a ele não tem acesso”, não deve continuar, sendo que o sistema deve ser disponível a todos. O responsável por garantir esse acesso é justamente o próprio Estado. Curiosamente isso não vem acontecendo, pelo contrário, “quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face da miséria que se avoluma, mais o Estado, único agente que poderia erradicar as desigualdades sociais, se encolhe.”⁷⁴

Por tais razões a população tem se voltado ao Poder Judiciário para que possa gozar o direito à educação, saúde, moradia e outros direitos fundamentais, pois uma vez que este Poder é provocado, não lhe é permitida a omissão, devendo atuar no sentido de buscar a concretização dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição de 1988. Todavia, sua atuação neste sentido não deve ser irrestrita e inconsequente, evitando incorrer num ativismo⁷⁵, que não pode ser confundido com a judicialização, conforme exposto no decorrer do artigo.

6 REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 14.

BADIN, Arthur Sanchez. **Controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, 22 dez. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 08 Dez. 2015. ISSN 1809-2829.

⁷² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. p. 79.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 31.

⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. p. 79-80.

⁷⁵ Até o momento, pode-se considerar que o ativismo tem sido “parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura.” (BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 32).

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 31, n. 66, jul./dez, p. 89-114, 2007.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (**Syn**) **thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BERMUDES, Sergio. **Introdução ao processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 Nov. 2015.

BUSNELLO, Saul José; SANTOS SOBRINHO, Elizeu de Oliveira. A função social da mediação. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí. v. 10, n. 3, 2º quadrimestre de 2015, p. 1558-1582. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/7918/4498>>. Acesso em: 22 Dez. 2015. ISSN 1980-7791.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O controle jurisdicional das políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DA SILVA MOREIRA, Pedro. O Supremo Tribunal Federal entre Schmitt e Kelsen: o guardião da constituição no julgamento da "ficha limpa". **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, v. 21, n. 1, p. 35-49, 2013. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/12/12>>. Acesso em: 22 Dez. 2015. ISSN 1983-2303.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. (Col. Justiça e Direito). Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

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

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O controle jurisdicional das políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica - Líder, 2004.

LEMOS, Maitê Damé Teixeira; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. O judiciário e o controle jurisdicional de políticas públicas: um mal necessário em nome da promoção de um bem necessário? In ALEXY, Robert et al (Orgs.). **Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha**. Joaçaba: Unoesc, 2013.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, v. 19, n. 0, p. 117-126, 1979. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/8826/6136>>. Acesso em: 18 Dez. 2015. ISSN 2236-7284.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e Prática**. 13. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

RAMOS, Paulo; RAMOS, Magda Maria; BUSNELLO, Saul José. **Manual prático de metodologia da pesquisa: artigo, resenha, projeto, TCC, monografia, dissertação e tese**. Blumenau: Acadêmica, 2003.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Del Rey: Belo Horizonte, 2007.
_____. El defensor de la Constitución. In: **La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?** Madrid: Tecnos, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009.