



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

MICKELLY BEATRIZ BRASIL DANTAS

PODER JUDICIÁRIO E POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS: UM
DISCURSO DEMOCRÁTICO DAS DECISÕES DO STF E STJ

SOUSA - PB
2009

MICKELLY BEATRIZ BRASIL DANTAS

PODER JUDICIÁRIO E POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS: UM
DISCURSO DEMOCRÁTICO DAS DECISÕES DO STF E STJ

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Me. Paulo Henriques da Fonseca.

SOUSA - PB
2009



D192p Dantas, Mickelly Beatriz Brasil.
Poder Judiciário e políticas públicas sociais: um discurso democrático das decisões do STF e STJ. / Mickelly Beatriz Brasil Dantas. – Sousa - PB: [s.n], 2009.

57 f.

Orientador: Prof. Me. Paulo Henriques da Fonseca.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Poder Judiciário. 2. Ativismo judicial. 3. Judicialidade dos direitos sociais. 4. Processo Civil Constitucional. 5. Supremo Tribunal Federal - STF. 6. Superior Tribunal de Justiça - STJ. 7. Políticas públicas sociais I. Fonseca, Paulo Henriques da. II. Título.

CDU: 342.56(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

MICKELLY BEATRIZ BRASIL DANTAS

PODER JUDICIÁRIO E POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS: UM DISCURSO
DEMOCRÁTICO DAS DECISÕES DO STF E STJ

BANCA EXAMINADORA

Prof Msc Paulo Henriques da Fonseca
Professor Orientador

Prof(a) Msc Jônica Marques Coura Aragão

Prof(a) Esp Membro da Comissão 2

Sousa- PB
Agosto/2009

Ao meu amado esposo Francisco Wellington Morais de Oliveira, fonte de amor e força, que soube compreender minha ausência durante toda jornada desprendida para assistir as aulas da especialização e que com seu companheirismo incondicional, esteve do meu lado, algumas vezes, com horas de sono roubadas para feitura deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ser meu escudo e fortaleza, socorro bem presente em todas as horas.

Aos meus inestimáveis pais: Olavo Romão Dantas e Maria do Socorro Brasil Dantas, que acreditaram em mim e não mediram esforços para me ajudar durante toda minha existência.

Aos meus amigos, em especial, aos companheiros dessa jornada rumo à Sousa - PB, que sem eles certamente teria sido bem mais difícil chegar até aqui, quais sejam: Gildevânia, Glauce, João Batista e Lauro.

Aos meus irmãos: Kellyo, Daniel, Pedro e Mickaelly, que com suas palavras de força me impulsionaram a fazer este trabalho.

A querida Goretti, secretária da especialização, que carinhosamente e eficientemente nos prestou auxílio imprescindível durante este tempo, nos mantendo informados das aulas e prazos.

Ao admirável professor Pe Paulo Henriques da Fonseca, pessoa *sui generis* por sua competência e conhecimento em diversas áreas do saber, que me orientou pacientemente e solícitamente do princípio ao fim, compreendendo muitas vezes minhas falhas na realização deste trabalho.

A causa que defendemos, não é só nossa, ela é igualmente a causa de todo o Brasil. Uma República Federal baseada em sólidos princípios de justiça e recíprocas conveniências uniria hoje todas as Províncias irmãs, tornando mais forte e respeitada a Nação Brasileira.

(Bento Gonçalves)

RESUMO

O Poder Judiciário e sua atuação diante à Implementação das Políticas Públicas Sociais é tema de extrema importância no mundo jurídico, haja vista que contribui para um discurso cada vez mais democrático das decisões judiciais. O trabalho monográfico é dividido em três capítulos. Inicialmente, trata-se dos princípios que regem o processo civil, mencionando os deveres do magistrado descrito na LOMAN, Lei Complementar nº 35/1986, no art. 35, bem como citando os Princípios de Conduta Judicial de Bangalore, em seguida é feito um apurado estudo sobre o ativismo judicial como princípio a reger o processo civil, sobretudo nas demandas dos direitos fundamentais sociais, em continuidade analisa-se a função judicial de controle de políticas públicas, fazendo um conceito do que sejam políticas públicas. Posteriormente, abordada-se a relação entre direitos sociais e políticas públicas, trazendo à baila a importância dos direitos fundamentais na contingência do estudo, em seguida é esmiuçado o conceito de direitos sociais e a efetividade destes no contexto da exclusão social e jurídica, culminando com defesa da justiciabilidade dos direitos sociais tendo como consequência a promoção de políticas públicas pelo Poder Judiciário, que conforme ficará demonstrado tem legitimidade para determinar a aplicabilidade e efetividade dos direitos fundamentais sociais, ainda que isso signifique um “mandar” fazer diante outros poderes, isto posto, ventila-se a necessidade de tratar do binômio particular e Fazenda Pública quando em juízo. Por fim, abordam-se algumas decisões judiciais recentes do STF e do STJ para atestar que o discurso jurídico atual destas decisões admite a justiciabilidade dos direitos sociais e o ativismo judicial para conferir caráter democrático atual das decisões judiciais admite o ativismo judicial e a justiciabilidade dos direitos sociais para promover a efetividade dos direitos fundamentais, previstos no art. 6º da Constituição Federal, enfocando, neste ponto, a tendência de um processo civil constitucional.

Palavras – Chaves: Poder Judiciário. Ativismo Judicial. Políticas Públicas Sociais. Justiciabilidade dos Direitos Sociais. Processo Civil Constitucional.

ABSTRACT

The Judiciary Power and its performance ahead to the Implementation of the Social Public Politics are subject of extreme importance in the legal world, have seen that it contributes for a speech each more democratic time of the sentences. The monographic work is divided in three chapters. Initially, one is about the principles that conduct the civil action, mentioning the duties of the described magistrate in the LOMAN, Complementary Law n° 35/1986, in art. 35, as well as citing the Principles of Judicial Behavior of Bangalore, after that are made a refined study on the judicial ativismo as principle to conduct the civil action, over all in the demands of the social basic rights, in continuity analyzes it judicial function of control of public politics, making a concept of what they are public politics. , Later boarded it relation between social rights and public politics, bringing to baila the importance of the basic rights in the contingency of the study, after that is esmiuçado the concept of social rights and the effectiveness of these in the context of the social and legal exclusion, culminating with defense of the justiciabilidade of the social rights having as consequence the promotion of public politics for the Judiciary Power, that as will be demonstrated has legitimacy to determine the applicability and effectiveness of the social basic rights, despite this means "to order" to make other powers ahead, this rank, ventilates if the necessity of dealing with the particular binomial and Public Farm when in judgment. Finally, some recent sentences of the STF and the STJ are approached to certify that the current legal speech of these decisions admits the justiciabilidade of the social rights and the judicial ativismo to confer current democratic character of the sentences admits the judicial ativismo and the justiciabilidade of the social rights to promote the effectiveness of the basic rights, foreseen in art. 6° of the Federal Constitution, focusing, in this point, the trend of a constitutional civil action.

Words - Keys: To be able Judiciary. Judicial Ativismo. Social Public politics. Justiciabilidade of the Social Rights. Constitutional civil action.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	12
1.1 Ativismo do Juiz	17
1.2 Função Judicial de controle	21
1.3 Políticas Públicas	24
CAPÍTULO 2 DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS	26
2.1 Os Direitos Sociais	28
2.2 Efetividade dos direitos sociais	31
2.3 Exclusão Social e Jurídica	34
2.4 A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Promoção de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário	36
2.5 As partes na lide: Particulares e Fazenda Pública	40
CAPÍTULO 3 AS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS COMO DISCURSO E ARGUMENTAÇÃO DAS DECISÕES DO STF E STJ: NOVAS NUANCES DO PROCESSO CIVIL	43
3.1 Julgados do STF sobre Políticas Públicas Sociais	45
3.2 Julgados do STJ sobre Políticas Públicas Sociais	49
3.3 A decisão judicial como discurso democrático: novo rumo do processo civil	50
CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS	56

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como enfoque essencial a atuação do Poder Judiciário diante a promoção das políticas públicas sociais, incluindo as decisões do STF e do STJ como confirmação das novas nuances do processo civil em vigor, o qual propõe uma atuação mais efetiva dos aplicadores do direito, em especial dos magistrados, no sentido de proporcionar uma aplicabilidade da lei de forma a atender às necessidades e às exigências da coletividade, assumindo um papel ativo na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme preconizado pela Constituição Federal em seu art. 3º, inciso I.

Nesse sentido, conforme se verá, a doutrina e jurisprudência atual entende que é admissível a judicialização dos direitos sociais. O Poder Judiciário assume o papel cada vez mais crescente na implementação de políticas públicas sociais, o que significa a ampliação do raio de atuação do Poder Judiciário, e que, conforme se verá, não representa qualquer incompatibilidade com um regime político democrático.

A morosidade da Justiça, a infração ao princípio da dignidade da pessoa humana e a necessidade de se possuir um sistema de aplicação dos direitos sociais, trouxe à baila o que se denominou de ativismo judiciário, por meio do qual o juiz interpreta a realidade de sua época e confere às suas decisões um sentido construtivo e modernizante, orientando-se para a consagração dos valores essenciais em vigor.

Neste contexto, o trabalho primará por demonstrar a possibilidade da prática do ativismo judicial, buscando uma visão panorâmica da nova tendência e orientação funcional verificando a posição do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça frente a essa nova temática processual.

As novas nuances do processo civil moderno possibilita a prática do ativismo, todavia será visto também que é importante não deixar que a sociedade, especialmente a população mais carente, coloque todas as suas esperanças nas mãos de magistrados. Não se pode permitir que a Suprema Corte seja a depositária de todas as esperanças e anseios da sociedade, tendo em vista que os demais poderes, o Legislativo e Executivo, vem falhando seriamente no atendimento das demandas coletivas, que o Poder Judiciário e em especial o STF assumam esse papel, em nome do implemento de boa vontade das determinações constitucionais.

No primeiro capítulo será feita uma abordagem dos princípios que regem o processo civil, mencionando os deveres do magistrado descrito na LOMAN, Lei Complementar nº 35/1986, no art. 35, bem como citando os Princípios de Conduta Judicial de Bangalore, em seguida será realizado um apurado estudo sobre o ativismo judicial como princípio de gestão do processo judicial, sobretudo nas demandas dos direitos sociais, em continuidade analisará a função judicial de controle de políticas públicas, fazendo um conceito do que sejam políticas públicas.

No segundo capítulo será visto a relação entre direitos sociais e políticas públicas, trazendo à baila a importância dos direitos fundamentais na contingência do estudo, em seguida será esmiuçado o conceito de direitos sociais e a efetividade destes no contexto da exclusão social e jurídica, culminando com a defesa da justiciabilidade dos direitos sociais como sendo uma promoção de políticas públicas pelo Poder Judiciário, que conforme se verá tem legitimidade para determinar a aplicabilidade dos Direitos Sociais, ainda que isso signifique um “mandar” fazer diante outros poderes, ventilando, por isso, o binômio particular e Fazenda Pública quando em juízo.

No terceiro capítulo serão abordadas algumas decisões judiciais do STF e do STJ, sobretudo nos últimos tempos, em que o discurso jurídico trabalha o ativismo judicial e a justiciabilidade dos direitos sociais para promover a eficácia dos direitos fundamentais, previstos no art. 6º da Constituição Federal.

Em suma e por fim, o hodierno trabalho propõe uma análise acurada das atuações do Poder Judiciário, ampliadas pelo STF e STJ ocasionando uma nova visão do processo civil vigente, através de discursos cada vez mais democráticos.

A presente pesquisa de cunho acadêmico utilizará do método científico de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, utilizando artigos de revista, textos da internet e livros específicos sobre o assunto, além dos métodos exegético-jurídico, histórico-evolutivo e de estudo comparativo para que da análise da legislação e doutrina pertinentes, e em razão da síntese dos conhecimentos a serem contraídos se possa averiguar a amplitude dos novos direitos dentro do Processo Civil pertinentes ao ativismo judiciário, que de acordo com posicionamentos do STF e do STJ é uma teoria constitucional adotada pelo Poder Judiciário para dar efetividade aos direitos fundamentais contidos na Constituição Federal, em face da inércia do Poder Público. Seguirá a análise sócio-jurídica como tipo de pesquisa empregada.

CAPÍTULO 1 CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Indubitavelmente, antes de falar das minúcias que cercam o assunto é imperioso que se faça uma abordagem principiológica da atuação do Juiz no processo civil comum, sucintamente por não se tratar da meta deste estudo. Assim, pode-se dizer que o princípio basilar conexo ao tema é o **princípio da inafastabilidade da jurisdição**, que encontra guarida no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, tal princípio dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, também considerado um dos princípios da ação. Por este princípio fica vedada a proibição do acesso à justiça, tendo o Poder Judiciário a função ímpar de dar uma resposta para àquela tutela requerida.

Outro princípio de igual relevância é o **princípio da imparcialidade do Juiz**, que determina o modo ético do atuar do Juiz no processo, isso porque, busca evitar decisões encobertas de sentimentos emocionais que consequentemente se distancia da justiça.

A imparcialidade do juiz é pressuposto para que a relação processual seja válida. Em outras palavras, a imparcialidade do juiz é uma garantia de justiça para as partes (e de legitimidade para os órgãos de administração da justiça). Esta é a razão de se afirmar que o órgão jurisdicional deve ser subjetivamente capaz. A capacidade subjetiva é a qualidade de que o juiz possa agir de acordo com o princípio da imparcialidade, de contrapartida, a incapacidade subjetiva do juiz, origina-se da suspeita de (im)parcialidade e afeta profundamente a relação processual. Para assegurar a imparcialidade do juiz, a Constituição Federal vigente, no artigo 95 estipula garantias e prescreve vedações aos magistrados. As garantias atribuídas aos magistrados assumem importantíssimo papel no tocante à imparcialidade, pois permitem que o Poder Judiciário decida livremente sobre os conflitos que lhe são apresentados, sem se abalar com pressões externas.

O **princípio da igualdade** das partes apresenta também bastante importância dentro deste estudo. Nesta esteira, prega a Constituição Federal no art. 5º, inciso I, que “todos são iguais perante a lei (...)”. Outrossim, quando a Magna Carta trata dos

fundamentos da República Federativa do Brasil no art. 3º, inciso III, segunda parte, assim preconiza: “e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Trazendo estes comandos constitucionais para o Processo Civil temos que a igualdade das partes no processo tem que ser observada sob o prisma da igualdade substancial. Neste sentido escreve GRINOVER (1990, p 6)

O princípio da isonomia tem dimensão estática e dinâmica, a estática quando a lei anota a igualdade de todos perante a lei de modo formal, recusando o legislador à existência da desigualdade e a dinâmica, quando o Estado assume o compromisso de constatar as desigualdades e criar mecanismos para supri-las, transformando a igualdade em real e não formal.

É cediço o entendimento de que o Juiz como responsável em aplicar a justiça ao caso concreto tem que primar acima de qualquer coisa pela isonomia material das partes. Havendo prejuízo para uma das partes da relação processual a justiça restaria comprometida, por isso ao julgador incube selar pela aplicação da lei de forma justa e equânime. Todavia, tal intuito igualitário não pode conduzir o Juiz a ser parcial no exercício de seu mister.

Também encontra pertinência com a temática o **princípio da inércia**. Tal princípio encontra respaldo legal no art. 2º, sendo ratificado pelo art. 262, todos da legislação adjetiva, vejamos, *in verbis*:

Art. 2º - Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

Art. 262 - O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.

Destas disposições legais temos que o princípio da inércia é aquele que orienta a atividade do Juiz no sentido de sua inatividade no limiar do processo, ou seja, a jurisdição somente poderá ser exercida caso seja provocada pela parte ou pelo interessado. Ou seja, o Estado não pode (conceder) exercitar a jurisdição para alguém se este não a invocou. Vê-se, portanto, a necessidade de um prévio requerimento e o impedimento do juiz de atuar de ofício.

A doutrina aponta outro fato que o princípio da inércia pretende evitar. Trata-se da necessidade de se manter a **paz social**, a qual restaria comprometida se o interessado, por exemplo, conformado com a ofensa a direito seu, fosse conduzido a

litigar, mesmo contra sua vontade, implicando com isso a inexistência de uma das condições da ação - Interesse de Agir -, regulamentada no art. 3º, do CPC. (Compete a outros agentes jurídicos e políticos, diante de uma generalização do conformismo com as lesões ao direito, buscar saídas, não ao juiz sentenciar quando não pedida a ele essa sentença).

Não se pode passar despercebidas as exceções ao princípio da inércia do juiz trazidas pelo código processual vigente. No artigo 989, da legislação adjetiva temos a previsão da instauração de ofício do processo de inventário, caso as partes, indicadas no artigo 988, do CPC, manifestarem-se inertes. Menciona-se também como exceção à inércia do magistrado sendo disciplinada no art. 1.113, da mesma legislação, em que se permite ao Juiz determinar o leilão de bens depositados judicialmente que forem de fácil deterioração, estiverem avariados ou exigirem grandes despesas para sua guarda.

Outra previsão legal de exceção à inércia do Juiz diz respeito à arrecadação de todos os bens da herança jacente, conforme reza o art. 1.142, do nosso caderno instrumental.

Por fim, importante falar sobre o **princípio do impulso oficial** que defende a idéia da atuação espontânea do magistrado, indo de encontro com o princípio da inércia, haja vista que direciona a atividade ativa do Juiz no processo que, frise-se, não é a mesma coisa de ativismo do Juiz, conforme se verifica abaixo. (A diferença básica é que o impulso oficial decorre do fato de já ter havido a devida e hábil provocação e instauração da relação processual pelas partes e interessados. Não fere ou contrasta tal princípio com aquele outro da inércia judicial).

Além dos casos acima expressos de atuação *ex officio* do Juiz, tem-se também a previsão do artigo 130, do Código de Processo Civil pertinente à determinação de provas, que assim estabelece: “Art. 130 Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Esse dispositivo é reflexo do Estado Social, pois que, com este intensificou-se a participação do Estado na vida das pessoas, no dizer de MARINONI e ARENHART (2003, p 59) “e, conseqüentemente, a participação do juiz no processo,

que não deve mais apenas estar preocupado com o cumprimento das ‘regras do jogo’, cabendo-lhe agora zelar por um processo justo”

Quanto aos deveres do magistrado no processo civil a LOMAN, Lei Complementar nº 35/1986 traça os deveres do Juiz no art. 35, vejamos:

Art. 35 - São deveres do magistrado:

I - Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício;

II - não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar;

III - determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais;

IV - tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quando se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência.

V - residir na sede da Comarca salvo autorização do órgão disciplinar a que estiver subordinado;

VI - comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou a sessão, e não se ausentar injustificadamente antes de seu término;

VII - exercer assídua fiscalização sobre os subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas e emolumentos, **embora não haja reclamação das partes;**

VIII - manter conduta irrepreensível na vida pública e particular.

(Grifado)

Vistas estas considerações, cumpre agora fazer uma breve abordagem sobre Os Princípios de Conduta Judicial de Bangalore que foram elaborados pelo Grupo de Integridade Judicial, constituído sob os auspícios das Nações Unidas, tendo início no ano de 2000, em Viena (Áustria), os princípios foram formulados em abril de 2001, em Bangalore (Índia) e oficialmente aprovados em novembro de 2002, em Haia (Holanda). É pertinente mencionar que tais princípios foram discutidos em Viena recentemente nos dias 1º e 7º de março de 2007, época em que foi procedido a comentários detalhados sobre cada um dos Princípios de Bangalore, e estes, juntamente com o esboço do comentário, foram discutidos e avaliados de modo cuidadoso por um grupo de peritos

em uma reunião intergovernamental, sujeita à revisão e adequações futuras, em que compareceram participantes de 35 países, entre eles o Brasil.

Os seguintes princípios foram elaborados com o propósito de orientar os juízes e proporcionar ao Judiciário uma estrutura para regular a conduta judicial. Visam também ajudar membros do Executivo e do Legislativo, advogados e do público em geral a ter um melhor entendimento e a apoiar o Judiciário. Esses princípios pressupõem que os juízes devem também responder por seus atos a instituições próprias, estabelecidas para manter os padrões judiciais, que são por si só, independentes e imparciais, e que visam suplementar e não derrogar as regras legais e de conduta existentes que limitam o juiz. Para resumi-los, adota-se a mesma técnica utilizada pelo texto original, ou seja, escalonando em valores os Princípios de Bangalore.

Assim, têm-se então:

- Valor 1 - O princípio da Independência Judicial: que é um pré-requisito do estado de Direito e uma garantia fundamental de um julgamento justo. Um juiz, conseqüentemente, deverá apoiar e ser o exemplo da independência judicial tanto no seu aspecto individual quanto no aspecto institucional.
- Valor 2 – Imparcialidade: que é essencial para o apropriado cumprimento dos deveres do cargo de juiz. Aplica-se não somente à decisão, mas também ao processo de tomada de decisão.
- Valor 3 – Integridade: que é essencial para a apropriada desincumbência dos deveres do ofício judicial.
- Valor 4 – Idoneidade ou sua aparência: que são essenciais ao desempenho de todas as atividades do juiz.
- Valor 5 – Igualdade: que é assegurar a igualdade de tratamento de todos perante as cortes é essencial para a devida execução do ofício judicial.
- Valor 6 – Competência e diligência: que são pré-requisitos da devida execução do ofício judicante.

1.1 Ativismo do Juiz

Vistas estas linhas gerais, cumpri abordar as minúcias do tema, conduzindo o estudo do ativismo do juiz a eixo principal na defesa da alegação de que as decisões judiciais devem primar por discursos democráticos.

Por ativismo do Juiz, leciona José Augusto Delgado (apud CARVALHO 2009) como sendo: "uma postura a ser adotada pelo magistrado que o leve ao reconhecimento da sua atividade como elemento fundamental para o eficaz e efetivo exercício da atividade jurisdicional".

Assim sendo, pode-se dizer que o ativismo judicial é uma postura que ao ser adotado por juizes e tribunais exige destes ampla atuação de sua função estatal no sentido de não apenas fazer cumprir a lei em seu significado exclusivamente formal, mas acima de qualquer coisa exige audácia na interpretação de princípios constitucionais abstratos, tais como: a dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade, atribuindo significado preciso aos mesmos, concretizando-os. Primando por um processo civil democrático constitucional. O que também implica no julgamento de atos dos outros poderes que interpretam estes mesmos princípios.

Busca-se com o ativismo extrair o máximo das potencialidade constitucionais para dar efetividade aos direitos fundamentais.

Vale destacar que, a origem do termo ativismo é reconhecidamente atribuída à imprensa belga, onde foi empregado pela primeira vez em 1916. Porém, o ativismo foi consagrado nos Estados Unidos da América, em face da postura adotada pela Suprema Corte no julgamento de determinados casos.

Contudo, esta percepção sociológico-econômica e protagonista do Juiz já era defendida por vários estruturadores da socialização processual, desde o final do século XIX, com destaque para Franz Klein em palestra datada de 1901 (NUNES, 2009).

O ativismo do Juiz, assim, assume posição de destaque dentro do processo civil, podendo ser encarado como princípio a regê-lo, juntamente com os demais que

informam este ramo do direito, pois o ativismo condiz com a contextualidade do Direito Processual Civil, no pertinente à atividade jurídica e à ação judiciária, na medida em que persiste a atuação de um poder político com função de dizer o direito no processo, ainda que menos submisso às leis ou à doutrina estabelecida e às convenções conceituais, isto de forma organizada, primando pela instrumentalidade do processo. Dentro desse quadro, o estudioso pode aderir a um novo princípio de legitimidade ou a uma nova idéia de direito.

Fazendo um paradigma resta dizer que no processo penal o ativismo do Juiz é quase neutralizado, pois o Representante do Ministério Público, agente estatal encarregado de fiscalizar e primar pela justiça, atua com mais protagonismo neste ínterim, o que, por conseguinte, dispensa maior atuação do Juiz.

No STF, em vários de seus julgados, esta tese já está consagrada. A título de ilustração pode-se citar: ADIN no. 2.530 de 24.04.2002, que declarou a inconstitucionalidade do §1º. do art. 8ª. da Lei 9.504/97; o RE no. 166.826-1/RS, sobre a interpretação e aplicação do art. 201, §§5º. E 6º; a ADPF 45/DF, o Rel. Min. Celso de Mello relata que o Supremo, devido à dimensão política outorgada a essa Corte, "...não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (...) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da constituição, comprometer de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional"; Vedação do nepotismo nos três Poderes (ADC 12, Rel. Min. Carlos Britto; e RE 579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski); Demarcação de terras indígenas na área conhecida como Raposa Serra do Sol (Pet. 3388/RR, Rel. Min. Carlos Britto); Inelegibilidade e vida pregressa de candidatos a cargos eletivos (ADPF 144/DF, Rel. Min. Celso de Mello); Passe livre para deficientes no transporte coletivo (ADI 2.649/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia); Suspensão da Lei de Imprensa do regime militar (ADPF 130/DF, Rel. Min. Carlos Britto); Sigilo judicial e Comissões Parlamentares de Inquérito (MS 27.483/DF, Rel. Min. Cezar Peluso); e Isenção da Cofins sobre sociedades profissionais e revogação por lei ordinária (RE's 377457/PR e 381964/MG, Min. Gilmar Mendes).

A empregabilidade do ativismo judicial é cada vez mais crescente, sobretudo nas decisões judiciais mais recentes do STF e STJ. Entretanto, é preciso ter em mente as

advertências tratadas por BARROSO (2009) de que há três objeções ao ativismo judicial, quais sejam: a) riscos para a legitimação democrática (ou seja, seria risco para a democracia um órgão não eletivo como o STF eleger uma política pública social, sobrepondo sua decisão em relação à decisão de um órgão eletivo como o Congresso Nacional ou Presidente da República); b) risco de politização da justiça (ou seja, um modelo juriscêntrico e elitista, conduzido por juízes filósofos) e c) capacidade institucional do Judiciário e seus limites (ou seja, o Judiciário pode extrapolar seus limites constitucionais em determinadas decisões sobre políticas públicas, além de que estas decisões podem esbarrar nos efeitos sistêmicos – aqueles que comprometem a continuidade das políticas públicas).

Neste caminhar, como forma de advertir os riscos da proposta de ativismo judicial, Dworkin (apud CARVALHO, 2009) escreve:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.

Assim, é preciso ter cuidado para que o ativismo judicial ao invés de promover a democracia, venha a deturpá-la construindo um aristocrático governo de juízes, uma *juristocracia*, que sentencia de morte a cidadania ao exercer processos políticos democráticos que impõe obrigações desproporcionais a grupos socialmente minoritários sob o manto de uma atividade aparentemente técnica de interpretação normativa, ou seja, uma ilegitimidade democrática esmagadora ao dispor da maioria.

Cada vez mais vem se cobrando do magistrado a agilidade e rápida solução do litígio, tanto que, a Constituição Federal dedicou um dispositivo legal específico na parte de direitos e garantias fundamentais, qual seja, art. 5º, inciso LXXVIII, para determinar a razoável duração do processo.

Ocorre que, segundo escreve CAMBI (2009, p.167), no Brasil o número de juízes é deveras insuficiente para atender a demanda populacional que em média é na proporção de um juiz para cada vinte e três mil habitantes. Ao passo que, persiste o mesmo autor, fazendo um comparativo com a média europeia, percebe-se que a

diferença de números é bastante significativa, pois neste continente a proporção é de um juiz para cada cinco mil pessoas.

Os magistrados não são robôs, mas seres humanos, com virtudes e limitações. Se a máquina e o modelo estão superados, não é no julgador, em princípio, que se haverá de imputar a responsabilidade.

Assim, conforme já se pronunciou COELHO E BAHIA (2009), não deve ser exigido depositar na magistratura as grandes esperanças dos heróis gregos de outrora, vez que esta:

Se vê constrita a: a) administrar o processo sem formação para tal e b) a ofertar alta produtividade de decisões, sem auxílio técnico de nada ou de ninguém, com enorme qualidade e com antevisão dos impactos do provimento", dever-se-ia, portanto, tomar medidas mais eficientes para se promover a melhoria qualitativa do sistema.

Continuam referidos autores sugerindo que:

Existe uma tendência da grande maioria dos sistemas processuais que aparece como solução é retirar do juiz a gestão do andamento dos procedimentos e a atribuir a um administrador judicial, deixando ao magistrado o cumprimento da sua função primordial: julgar. Em outro espectro, já está mais do que no momento de se perceber a diversidade de tipos de litigiosidade: a) individual ou "de varejo" ou "de baixa intensidade": sobre a qual o estudo e dogmática foram tradicionalmente desenvolvidos, envolvendo lesões e ameaças a direito isoladas; b) a litigiosidade coletiva: envolvendo direitos coletivos e difusos, nos quais se utilizam procedimentos coletivos representativos, normalmente patrocinados por legitimados extraordinários (órgão de execução do MP, Associações representativas etc.); e c) em massa ou de alta intensidade: que dá margem a propositura de ações repetitivas ou seriais, que possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns para a resolução da causa.

Visto estas minúcias, o que não se pode negar é que indubitavelmente este fenômeno do ativismo judicial tem uma significativa face positiva, no sentido de que o Judiciário pode e deve atender a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelos demais poderes (funções estatais), em temas de extrema relevância social.

Nesse diapasão, o ativismo judicial é encarado como uma proposta-princípio a guiar o Juiz no processo a fazer uma interpretação da contextualidade constitucional e legal, aplicando a norma mais adequada ao caso, primando por uma resposta estatal

condizente com os fundamentos, objetivos e princípios que regem o Estado Democrático de Direito, buscando, acima de tudo, uma resposta menos impactante à sociedade e que mais atenda aos seus anseios.

Para encerrar este tópico, sem querer exaurir a discussão, é necessário fazer a distinção entre o juiz ativo e o juiz ativista. Segundo Roberto C. Berizonce (apud LEITE):

O juiz que pronuncia suas decisões e cumpre os seus deveres funcionais com diligência e dentro dos prazos legais pode ser considerado ativo; [1] será ativista se, ademais disto, e a partir de sua visão progressista, evolutiva e reformadora, souber interpretar a realidade de sua época e conferir às suas decisões um sentido construtivo e modernizante, orientando-se para a consagração dos valores essenciais em vigor.

1.2 Função Judicial de controle

Como ensinam os constitucionalistas o poder é um só, e seu titular é o povo, soberanamente. Porém, organicamente, para um melhor desempenho, o poder é dividido em funções estatais, isto é, são os três órgãos que exercem, cada um, uma das três funções básicas do poder uno do povo. São essas funções a Legislativa, Administrativa e a Judiciária, e a cada uma delas corresponde a uma estrutura, uma instituição, que a exerce de forma precípua, mas não exclusivamente. Existe relativo consenso, nas comunidades política e jurídica, de que o princípio da separação dos Poderes não é absoluto. A função constitucional típica de cada Poder é exercida concomitantemente com as demais funções. Razão porque se afirma que a tripartição dos poderes não é de caráter absoluto, mas sim relativo.

Os Poderes do Estado, ou mais propriamente Funções, como ensina BASTOS (2005, p) desempenham funções típicas e atípicas. As funções típicas do poder Legislativo, segundo a Constituição e o Supremo Tribunal Federal, são a legislativa (elaboração de comandos normativos genéricos e abstratos) e a fiscalizatória (CF, art. 49, IX e X, 70, *caput*, e 71, *caput*), da qual, decorre, a investigatória, por meio das Comissões Parlamentares de Inquérito, CPI (art. 58, parágrafo 3º), é, segundo o

STF, correlata. Ao poder Executivo compete tipicamente executar as leis, inclusive, a permissão constitucional de uso do poder regulamentar, que consta no art. 84, IV, da CF.

O Poder Judiciário, por sua vez, de forma típica exerce a jurisdição, ou seja, aplica a lei a situações concretas e litigiosas, exercendo tipicamente a função de julgar que pode ser desempenhada através de sentença (hodiernamente entendida como resultante de qualquer situação dentre as previstas no art. 267 e 269, do CPC e não só ato de por fim ao processo) e acórdão (decisão dos Tribunais).

De outra banda, o Legislativo de forma atípica executa funções administrativas e judicantes, a exemplo da gestão de pessoal e do julgamento dos crimes de responsabilidade. Ao passo que o Executivo de forma atípica julga os processos administrativo-disciplinares e os litígios do contencioso tributário administrativo e legisla na elaboração de medidas provisórias e de leis delegadas, nos termos dos arts. 62 e 68, da Constituição Federal.

Já o Poder Judiciário de forma atípica constata-se a administração de seu quadro de pessoal e a elaboração dos regimentos internos dos tribunais, que são leis em sentido material (art. 96, I, da CF). As Súmulas Vinculantes editadas pelo Poder Judiciário, através da Corte Constitucional, inserem-se no rol da função típica e ao mesmo tempo atípica realizada pelo por este poder estatal. (?)

É preciso destacar que a súmula vinculante foi introduzida no nosso ordenamento constitucional através da edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou o art. 103 – A. Tal súmula, segundo escreve WAMBIER (2006, p. 601):

Terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas e apenas será cabível quando em relação a tais normas houver controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

É preciso advertir que a súmula vinculante, depois de aprovada pelo STF por dois terço dos votos, vinculará os demais órgãos do Judiciário e a Administração Pública, direta, e indireta, municipal, estadual e federal. Reza o art. 102, I e art. 103 – A, parágrafo 3º, da CF/88 que caso a Administração ou o Judiciário desrespeite o enunciado da súmula, caberá reclamação para o STF. Porém, é de todo necessário

ênfatizar que o Poder Legislativo, no exercício de sua função típica, não fica subordinado à súmula podendo, inclusive, contrariá-la.

Visto isso compete dizer que, quando o Poder Judiciário assume o controle jurisdicional de políticas públicas, em torno dos direitos sociais, não sai da esfera da sua função típica de aplicar a lei ao caso concreto.

Destarte, é de extrema valia o exercício do controle jurisdicional em torno de políticas públicas, como forma de compelir os órgãos estatais a cumprirem os encargos relativos aos direitos fundamentais proclamados pela Constituição Federal, sobretudo, para garantir o atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, da CF.

Assim sendo, pode-se dizer, sem sombras de erro, que a maior função do controle jurisdicional de políticas públicas é dar efetividade aos direitos e garantias fundamentais proclamados por nosso Estado Democrático de Direito, consoante preconiza a Carta Magna vigente, construindo uma sociedade cada vez mais livre, justa e solidária, em busca da tão sonhada paz social.

Para tanto, tem-se observado, em razão do fortalecimento de princípios administrativos fundamentais como o princípio da moralidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, uma tendência à atenuação da vedação que, tradicionalmente, se impôs ao Poder Judiciário de controlar determinados aspectos dos atos administrativos, no que tange ao mérito administrativo.

O Judiciário quando provocado a se manifestar, principalmente através de instrumentos de ações coletivas, deve, desde que a medida se imponha como necessária para alcançar os postulados da existência mínima, sobretudo, da dignidade da pessoa humana, garantir o cumprimento dos direitos fundamentais sociais, não podendo considerar tal posicionamento uma afronta ao princípio da separação de poderes ou disso entender como consequência o desequilíbrio ao orçamento do Estado.

1.3 Políticas Públicas

Cabe, neste contexto, trazer a conceituação de políticas públicas para que não fique no vazio o intuito do trabalho. Assim sendo, preliminarmente, necessário se faz abordar a diferença entre padrões regras e princípios. Para tanto, seguindo os ensinamentos de Ronald Dworkin, a diferença entre padrões regras e princípios reside no fato de que para a formulação dos padrões regras o papel do Estado é mais acentuado, sendo que, no caso da criação e definição dos princípios, a coletividade exerceria uma função mais relevante, por meio da moralidade pública, que permitiria uma maior adequação dos valores presentes na sociedade, configurando em argumentações jurídicas produtoras de direitos individuais e/ou coletivos. Para este, professor estadunidense, os princípios se constituem em padrões que devem ser obedecidos, porque refletem: “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2002), identificados, assim, pelo seu conteúdo, que vinculam exigências relacionadas aos valores morais da justiça e da equidade, e não pela autoridade ou pelo procedimento que originou esta autoridade.

Além disso, reconhecendo que existem outros padrões normativos, este mesmo doutrinador, citado acima, buscou conceituar o termo políticas públicas tendo feito desta forma: “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral alguma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”. Tal objetivo deve ser perseguido pelo Estado através de ações governamentais que deem efetividade aos direitos fundamentais, dispostos na Constituição Federal, o que implica em ações positivas por parte do Estado com plena consolidação do Estado Social.

Já por política pública na acepção de princípio, que é o sentido empregado para asseverar que o Poder Judiciário tem legitimidade para se imiscuir das políticas públicas sociais, 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 de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

Hodienamente frise-se, ante o atual Estado Democrático de Direito, não se concebe mais a idéia de que o Estado seja o único fomentador de políticas públicas, pois a sociedade civil ganha cada vez mais espaços de atuação, seja na própria deliberação de políticas públicas, como acontece, por exemplo, nas Conferências Municipais, Estaduais e Federais da Ação Social e dos Direitos das Crianças e do Adolescente, que acontecem anualmente nas três esferas do governo, bem como, nos Conselhos Municipais de Criança e de Adolescente, seja na execução destas políticas, com as ONG's que possuem grande participação na efetivação, principalmente, dos direitos sociais, ou até mesmo na consulta popular, cite-se, com os orçamentos participativos.

Imbuídos com este entendimento, pode-se dizer que por políticas públicas se entende toda e qualquer atividade promocional, desenvolvida tanto pelo Estado como pela sociedade civil que vise dar efetividade aos direitos fundamentais proclamados pelo Estado Democrático de Direito, com o fim de alcançar uma sociedade mais justa e solidária, atendendo aos objetivos específicos econômicos, político ou social de toda uma coletividade.

É imperioso esclarecer, por fim, que políticas públicas não são princípios, mas, buscam estes perseguirem, através da atividade promocional que o Estado e/ou Sociedade tiver elegido como prioridade dentre os instrumentos para consecução dos fins públicos. Esta atividade promocional é associada à idéia de meta que, algumas vezes, são tidas como de curto, médio e longo prazo.

Segundo escreve LOPES (2005, p 133):

As políticas públicas agrupam-se em diversos gêneros: a) as políticas sociais, de prestação de serviços essenciais e públicos (tais como saúde, educação, segurança e justiça, etc), b) as políticas sociais compensatórias (tais como a previdência e assistência social, seguro desemprego, etc); c) as políticas de fomento (créditos, incentivos, preços mínimos, desenvolvimento industrial, tecnológico, agrícola, etc; d) reformas de base (reforma urbana, agrária, etc) e) políticas de estabilização monetária, além de outras mais específicas ou genéricas.

Visto esta classificação, importa mencionar que o presente trabalho persegue as políticas públicas no campo das políticas sociais de prestação de serviços essenciais e públicos, consoante se verá no próximo capítulo.

CAPÍTULO 2 DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Para compreender o significado e alcance de políticas públicas, antes de qualquer coisa, faz-se imprescindível fazer uma abordagem sobre os direitos e garantias fundamentais, pois as políticas públicas visam dar efetividade a estes. Disso, extrai-se um silogismo - como o coração e o cérebro dar sentido a vida, assim é a relação entre políticas públicas e direitos e garantias fundamentais.

Isto posto, é de bom alvitre dizer que, os direitos e garantias fundamentais fazem parte dos institutos jurídicos de maior complexidade estrutural. Por um ângulo se firmam como regras; por outro, como princípios; por outro, como direitos subjetivos e por outro, como direitos objetivos. De outra banda, os direitos fundamentais, no mesmo passo em que determinam a ação do Estado, servem de proteção à esfera privada.

Nessa esteira, outra relação há que ser feita, para se chegar à conceituação de direitos e garantias fundamentais, isso porque, por não haver um critério material plenamente satisfatório, invoca-se a questão da dignidade da pessoa humana para se concluir o que se trata ou não de um direito fundamental.

Sabe-se que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme prevê o art.1º, inciso III, da Carta Política vigente. Entretanto, torna-se difícil oferecer uma conceituação capaz de atender a compreensão deste fundamento.

Pode-se entender como sendo dignidade o valor insubstituível de alguma coisa, o valor superior, que distingue a coisa e que a coloca em posição de destaque frente a outras e que está relacionada com o seu próprio fim. Magnificamente aborda Kant o limite do alcance deste conceito, conforme transcrição dada JORGE NETO (2009, p 32): “Kant assim sintetiza o conceito: quando uma coisa tem preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra coisa como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade”.

Como é sabido o ser humano tem um valor intrínseco, que (supera) não comporta mensurações e comparações de valor entre as pessoas e com os demais seres, materiais ou ideais, estando abaixo somente de Deus, para os que assim professam a fé. Isto implica no entendimento de que a dignidade da pessoa humana assume feição especial em relação a qualquer sentido que se queira dar a dignidade, já que a espécie humana está acima de todas as coisas, conforme dito acima.

Sem medo de exagerar, pode-se afirmar que os direitos fundamentais têm na base a dignidade da pessoa humana e que a implementação e efetivação destes direitos se impõe ao Estado que deve se valer de políticas públicas adequadas para concretizá-los, cabendo ao Judiciário o papel de controle dos atos dos Poderes Executivos e Legislativos voltados a estas políticas conduzindo ao atendimento delas.

Nesta seara, imperioso lembrar as gerações dos direitos fundamentais. Doutrinariamente, desde a aula inaugural de Karel Vask, em 1979, aos Cursos do Instituto Internacional de Direitos do Homem, em Estraburgo vêm sendo adotado a seguinte classificação destes direitos: direitos fundamentais de primeira (direitos de liberdade), segunda (direitos de igualdade) e terceira (direitos de fraternidade) gerações, um verdadeiro silogismo com o tema da revolução francesa – *liberté, égalité et fraternité* -. Registre-se que atualmente Paulo Bonavides defende a idéia quarta geração dos direitos fundamentais, que seriam os direitos à democracia, a informação e ao pluralismo.

Ainda neste compasso, é preciso dizer que a expressão gerações de direitos fundamentais tem sido criticada por exprimir a idéia de que os direitos fundamentais de uma e de outra geração de direitos seriam diferentes e construídos ao longo do tempo. Por isso, o termo dimensões é entendida como mais adequada, por envolver a idéia de um mesmo direito que evolui em profundidade e amplitude para proteger diferentes interesses.

Aqui é de grande valia o apontamento feito por JORGE NETO (2009, p 39):

Assim, o direito à vida envolve a proteção à vida, a vedação do homicídio, que é um típico direito de liberdade; mas engloba também a garantia de um tratamento de saúde adequado, um direito de segunda geração, bem como o direito de viver condignamente, com o mínimo necessário para o suprimento das necessidades básicas do indivíduo, o

direito ao desenvolvimento econômico, que é um direito de fraternidade, de terceira geração.

Têm-se doutrinariamente que, os direitos de segunda e terceira geração ou dimensões são direitos a prestações, ao passo que os de primeira envolvem uma não intervenção estatal. Sem, contudo, afastar a idéia que todo direito fundamental exige a intervenção do estado, a implementação de políticas públicas e o gasto para ser minimamente observado, extrai a alegação de que todo direito fundamental é capaz de ditar políticas públicas. Entretanto, por se tratar de prestações do estado mais diretas o estudo, ora abordado, adapta-se melhor na contextualização dos direitos de segunda e terceira geração. Além de que, os direitos de primeira geração, por ser tipicamente individuais, não têm estritamente compatibilidade com os direitos sociais que são transindividuais.

É na esfera dos direitos fundamentais meta-individual, transindividual, que se dirige o estudo do controle pelo Poder Judiciário de políticas públicas visando a implementação e efetividade destes direitos.

2.1 Os Direitos Sociais

A história constitucional demonstra que a preocupação com a integridade física do homem, com os direitos hoje denominados de direitos humanos, direitos fundamentais, vem de longe, assenta-se em antecedentes históricos e doutrinários.

A postulação inicial pela integridade física do homem, bem como pela dignidade da pessoa humana, é atribuída ao cristianismo, ao jus naturalismo e ao iluminismo. Estes movimentos versam até hoje pela valorização do ser humano.

Todavia, em que pese às doutrinas defensivas datarem de longa data, as primeiras Declarações de Direito são contemporâneas da idéia de Constituição. A questão social adquiriu dimensão jurídica no momento em que as Cartas Políticas passaram a contemplar esta categoria, iniciando com a do México em 1917, sendo que no Brasil a ordem social foi iniciada a nível constitucional em 1934.

Seguindo a tendência universal de reconhecimento dos Direitos Sociais como Direitos Humanos, que se iniciou em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Com o intuito de desenvolver e complementar o conteúdo da Declaração Universal dos Direitos Humanos foi elaborado o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado em 1966 que, somente em 12 de dezembro de 1991, por meio do Decreto Legislativo nº. 226, o Brasil aprovou referido Pacto, que entrou em vigência em nosso país a partir de 24 de abril de 1992.

O Preâmbulo do Pacto retoma uma expressão do famoso discurso de Roosevelt ao tratar de "*libertar o homem da necessidade e do temor*" (*freedom from want, freedom from fear*), declarando:

(...) Em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos.

Os artigos 10 e 11 do referido Pacto, por sua vez, estabelece que entre os deveres dos Estados Partes, estão o de proteger a família, maternidade, crianças e adolescentes, bem como de proporcionar condições de melhoria de vida à população.

No plano interno a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elevou os Direitos Sociais ao plano de direitos fundamentais, inserindo-os no Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu artigo 6º. Para um melhor enquadramento há uma divisão dos direitos sociais expressos na Constituição Federal: direitos à seguridade social (**saúde, a previdência social, assistência social**) e outros direitos (**cultura, educação, esporte, ciência e tecnologia, comunicação social, meio ambiente, família, criança, adolescente e idoso e índios**).

Veja que não se mencionou sobre os direitos inscritos no artigo 7º, isso porque compreendem direitos de trabalhadores, logo, aplicam-se a situações em que vigoram contrato de trabalho, distanciando do objeto do presente estudo.

É sabido que, por muito tempo, vinculou-se metodologicamente os direitos sociais com os direitos econômicos, pois o trabalho é um componente das relações de produção, logo a ingerência econômica é indiscutível. Todavia, é imperioso destacar, enquanto o direito econômico tem uma dimensão institucional, os direitos sociais

constituem formas de tutela pessoal, disciplinando situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto.

Assim, iluminado pelo conceito de José Afonso da Silva, pode-se dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se connexionam com o direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Os novos direitos sociais, espalhados pelo texto constitucional, diferem dos antigos direitos subjetivos não apenas por serem coletivos, mas por exigirem remédios distintos.

Neste diapasão, é preciso fazer uma indagação: qual a atuação do Estado Brasileiro na criação de condições materiais para a efetivação da igualdade como pressuposto do gozo dos direitos sociais?

É certo que o Estado tem desempenhado uma presença pouco participativa na vida econômica do País, deixando que os agentes produtivos por si só, estipulem, convivam e solucionem as crises da liberalização globalizante da economia.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, influenciada pela obra de Rousseau (Contrato Social), datada de 1773, no seu art. 21, d, já questionava a função do Estado nos seguintes termos:

Os socorros públicos são uma dádiva sagrada. A sociedade deve a subsistência dos cidadãos infelizes, seja proporcionando-lhes trabalho, seja assegurando os meios de subsistir aos que se encontram em estado de não poder trabalhar.

Todavia, a realidade brasileira atual vivencia momentos de completos desmandos políticos. No cenário nacional, não raras vezes tomamos conhecimento da corrupção em que os representantes políticos que ocupam o Senado Federal, a Câmara Legislativa e o próprio Executivo, estão envolvidos. A função pública exige uma contingência voltada ao atendimento da coletividade, porém, o que se vê é a preocupação com o eu de quem está no poder. Exemplos são noticiados pela mídia e

vala comum do povo brasileiro. Neste contexto nefasto, ZAHLOUTH JÚNIOR (2009), faz o seguinte comparativo:

(...) Comprar avião moderno para as viagens presidenciais (enquanto os brasileiros sequer conseguem se alimentar ou pagar passagem nos transportes coletivos); usar de todos os meios para aprovar emenda de reeleição dos cargos majoritários, em especial para a Presidência do Brasil (enquanto grande parte das conquistas da Constituição de 1988 não foram ainda regulamentadas); renegociar dívida de grandes empresários (enquanto milhões de cidadãos são executados por dívidas ínfimas referente a empréstimos para construção de residências, implantação de pequenas empresas, despejados por não conseguirem pagar o sistema de habitação).

Continua o mesmo jurista:

Estamos imersos na pocilga da corrupção, da hipocrisia, dos desmandos administrativos, e no vergonhoso quadro de miséria absoluta de mais de 30 milhões de cidadãos brasileiros.

Mas não devemos nos desanimar, ao contrário, pois é justamente neste momento histórico que devemos tentar colaborar com o surgimento de uma ampla conscientização política, influenciando diretamente no aceleração das mudanças sociais e aos futuros advogados, promotores, juízes, defensores, rogo que a indiferença aos problemas sociais não se faça presente, ao contrário seja a mola aceleradora de seus engajamentos.

Que atitude devemos tomar diante deste caos social? Como operadores do direito, devemos de todas as formas lutar pelo aprimoramento democrático, pelo alicerce definitivo das instituições nacionais e por fim um engajamento eficaz nas lutas justas e legítimas da sociedade, é este o papel do cidadão, e é este por primazia o papel do Juiz, que deve ter seu olhar direcionada à rua, pois como monopolizador da função jurisdicional necessita ser dotado de espírito social, isto é, preocupado sociologicamente com o resultado de suas decisões, a máxima da dura lei, não pode ser posta ao "povo duro".

2.2 Efetividade dos direitos sociais.

A efetividade da norma jurídica é a sintonia adequada entre as suas previsões genéricas, abstratas e impessoais e o fato social que ela se propõe a normatizar, em outras palavras, há efetividade quando o juízo hipotético deve se identificar com o ser da realidade fática. Destarte, uma norma pode ser mais ou menos eficaz perante dada sociedade, mas não pode ser mais ou menos jurídica perante o direito. Ou determinada

regra é norma jurídica, conseqüentemente, exigível; ou não, e, por isso, alheia ao ordenamento jurídico.

As normas que disciplinam os direitos sociais não fogem a essa regra e, apesar de topograficamente se localizarem no ápice do sistema jurídico – na Constituição Federal –, por uma série de fatores, essas normas nem sempre conseguem atingir a sua plena efetividade, "tanto é assim que se pode perceber nos textos fundamentais sintomas de incongruência com a realidade social", VERDÚ (2007, pág 53). Desse modo, grande é a importância de se aferir se os comandos emergentes das normas sobre direitos sociais atingem ou não os limites razoáveis de eficácia.

No tocante a efetividade dessas normas à luz da sociedade brasileira, conclui-se que se por um lado a Constituição Federal prevê inúmeros direitos prestacionais, por outro lado, ainda existe um grande distanciamento entre essas previsões legais e a realidade social dos seus destinatários.

Nesta quadra, é possível elencar certos fatores preponderantes para a ineficácia dos direitos sociais no Brasil.

O certo é que uma das razões pela qual se afirma que a sociedade brasileira ainda não viu a concretização dos direitos sociais se deve a própria falta conscientização dos cidadãos em compreender os direitos sociais como direitos, passíveis, pois, de exeqüibilidade.

Em verdade, diversas ações judiciais foram propostas com o fito atribuir os direitos sociais aos seus titulares - sobretudo o direito à saúde e a educação – mesmo assim, ainda prepondera no judiciário a carga acentuadamente política atribuída às normas de direitos sociais, enquadradas entre as normas programáticas.

Outro fator que, sem dúvida, contribui para a ineficácia, no sentido prático, das normas de direitos sociais é, por vezes, a ausência de leis infraconstitucionais que concretizem os preceitos constitucionais.

A vanguarda progressiva da doutrina considera que, nesses casos, incumbe ao judiciário dar concretização a essas “normas constitucionais incompletas”, porque o

princípio inserido no artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal, considera que as normas definidoras dos direitos e garantias sociais têm aplicação imediata.

Numa interpretação literal desse dispositivo constitucional é possível inferir que as normas de direitos fundamentais, devem ser aplicadas imediatamente, irradiando os seus efeitos nas situações subjetivas que normatizam, obrigando o Legislativo, Executivo e o Judiciário, a desenvolverem meios, dentro de suas funções Constitucionais, para tornarem eficaz os direitos individuais e sociais fundamentais.

Com efeito, ainda que não exista lei que viabilize o gozo imediato desses direitos, é dever do Estado, através do Executivo ou Judiciário, procurar, dentro dos seus limites, sanar as omissões do Legislativo, tendo como premissa base o princípio constitucional da máxima efetividade, principio este, que orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o seu conteúdo.

Contudo, vale lembrar a advertência de José Eduardo Faria de que o entendimento que ainda hoje prevalece é que "Sem a devida regulamentação por meio de uma lei complementar, esses direitos e essas prerrogativas têm vigência formal, mas são materialmente ineficazes" (FARIA, 2005, p 99). O mesmo autor continua afirmando que o Judiciário está preparado para lidar com questões rotineiras e triviais, seguindo a linha lógico-formal e que, por conseguinte: "os Juizes enfrentam o desafio de definir o sentido e o conteúdo das normas programáticas que expressam tais direitos ou de considerar como não-vinculante um dos núcleos centrais do próprio texto constitucional" e que, portanto, a justiça se mostra ineficiente diante de novos tipos de conflito.

Isto posto, percebe-se um grande entrave para a eficácia dos direitos sociais, que se aplicados com os mesmos métodos utilizados para a interpretação dos direitos individuais - de origem manifestamente liberal - terão a sua aplicabilidade seriamente restringida.

Porquanto é fundamental para a efetividade dos direitos sociais que o judiciário se desprenda das amarras do liberalismo clássico, onde o juiz fora completamente alheio às questões sociais. Urge, neste momento, uma mudança radical na postura adotada pelo Poder Judiciário em prol da prevalência do Estado Social

Democrático de Direito instituída com o advento da Constituição Federal de 1988. Com razão, o professor Juraci Mourão Lopes Filho (apud BUENO, 2009) afirma que:

A inadequação da postura processual do juiz à Constituição é a mais danosa ofensa e a mais degradante incongruência que pode se dar dentro de um sistema jurídico, pois representa um velado e constante flagelo à norma constitucional. É preciso haver uma consciência institucional e de cada membro isoladamente quanto ao seu papel na sociedade e no Estado. Muitas vezes, ideologias reinantes por força do labor de forças sociais que não comungam das mesmas aspirações da Constituição obnubilam a visão do órgão de justiça sobre sua própria figura, frutificando um desalinhamento entre Judiciário, Constituição e sociedade.

Conclui-se que, no Estado Democrático de Direito o dever de proteção do ordenamento jurídico cabe a todos indistintamente, sobretudo num país onde vige, ao lado do concentrado, o controle difuso de constitucionalidade das leis, cabe precipuamente ao judiciário proteger à Constituição Federal e aos seus princípios diuturnamente. Com maestria ensina CANOTILHO (2008, p 268):

O juiz participa na política porque desempenha um papel considerado adequado para assumir a cumplicidade de partilhar os valores e interesses dos grupos e indivíduos que, perante ele, reivindicam direitos e posições prestacionais negados ou bloqueados pelos decisores políticos-representativos.

Destarte, no Estado Democrático de Direito, cumpre ao Estado-Juiz impor obrigações de fazer ao Estado-Administração quando este não cumprir espontaneamente os seus deveres constitucionais para com a sociedade, nesses casos o juiz não estará indo além de suas funções jurisdicionais, mas tão somente levando a efeito o seu mister constitucional, aplicando o direito ao caso concreto.

2.3 Exclusão Social e Jurídica

À luz da teoria de Hobbes, denota-se que a força individual cedeu espaço a um Estado mais atuante, em que o monopólio deste tangencia a busca das garantias e necessidades básicas. O povo espera do Estado segurança e o atendimento do bem-estar social. Isto posto, a evolução da teoria hobbesiana culminou com a constituição do

Estado Democrático de Direito, que vem sendo perseguido há séculos, onde se busca promover uma ampla integração social nos âmbitos político, econômico, jurídico, cultural, através de um contrato social estabelecido entre o cidadão e o governo que o representa.

Depois de vivenciar o regime da ditadura militar, momento negro da história política do país, a Constituição Federal de 1988, conhecida como constituição cidadã, no seu preâmbulo assim apregoou:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Entrementes, a realidade brasileira hodiernamente está distanciada do contrato social que outrora fora firmado, quando da promulgação da atual Constituição Federal, tanto que na prática se fala que este preâmbulo é ficção-jurídica. O próprio Estado é apontado como causador da quebra deste trato social por promover de maneira insensível à exclusão social.

A exclusão social tem como inegável conseqüência a exclusão jurídica, pois o acesso à justiça daqueles alijados da sociedade muitas vezes se torna comprometido, quer por falta de esclarecimentos e conhecimentos de seus direitos, quer por falta de orientação de um profissional habilitado.

Conforme dispõe nossa Carta Magna, no art. 133, in verbis: “O advogado é indispensável à administração da justiça (...)”, este profissional é remunerado por particulares. Ocorre que a grande maioria da população brasileira não tem condições financeiras para constituir advogado. Para suprir esta necessidade o art. 134, da CF/88 estabeleceu que a Defensoria Pública, em todos os seus graus, seria incumbida da orientação jurídica e defesa dos necessitados, conforme mandamento constitucional traçado pelo art. 5º, LXXIV, da CF/88.

Entretanto, a realidade brasileira mostra a defasagem das defensorias públicas nos estados, que não atende a demanda populacional, uma porque a quantidade de profissionais é insuficiente para atender aos cidadãos que necessitam deste serviço e outra porque alguns estados brasileiros ainda estão em processo de formação de suas defensorias públicas.

Esta realidade drástica acaba por influenciar na implementação das políticas públicas pelo Poder Judiciário, isso porque, como dito, a jurisdição é inerte, ou seja, o princípio da inércia no processo civil não permite a apreciação pelo Poder Judiciário de violações aos direitos sociais levadas a cabo pela atuação ou inércia do Poder Legislativo e/ou Executivo que impliquem em promoção de políticas públicas sociais por parte daquele poder sem a intervenção de pessoa legítima, que se dá normalmente através de pessoa habilitada (advogado).

Assim, ante a impossibilidade de recursos financeiros, provocada pela exclusão social, para fazer frente ao pagamento a um profissional que advogue a causa do excluído, somada ao fato da deficiência das defensorias públicas terminam por culminar na exclusão jurídica do alijado da sociedade, vítima da violação de um ou mais dos direitos sociais, preconizados pelo art. 6º, da CF.

Advirta-se que essa exclusão jurídica não é exterminada nem mesmo diante a existência de meios processuais, em que a figura do promotor de justiça possui legitimidade para ingressar com feitos na defesa de direitos individuais homogêneos.

2.4 A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Promoção de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário

O Poder Judiciário, sobretudo, nos últimos tempos tem decidido questões de ampla repercussão política ou social, tradicionalmente (tipicamente) desenvolvidas pelo Poder Legislativo e o Poder Executivo. Este fenômeno é conhecido por *Judicialização*. Assim, mesmo sendo repetitivo, é preciso dizer que, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na

linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

Fazendo uma retrospectiva em torno disso, tem-se como primeira grande causa da judicialização a *redemocratização* do país, advinda com a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. A redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, na medida em que se registrou o aumento de demanda por justiça na sociedade brasileira.

Por outra banda, a segunda causa foi a *constitucionalização abrangente*, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978).

Outrossim, no Brasil, com a Constituição de 1988, foi registrada a constatação dessa constitucionalização abrangente, tanto que consoante classificação, quanto a extensão ou modelo, a carta brasileira é analítica.

Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.

A justiciabilidade (ou judicialização) dos direitos sociais é verificada quando o Poder Judiciário é invocado para resolver conflitos que exigem uma interpretação mais aprofundada destes direitos e garantias positivados na Constituição Federal.

Como se vê não se trata de criação de novos direitos sociais pelo Poder Judiciário, mas da possibilidade de tê-los garantidos por um dos poderes da República,

face à eventual ação ou omissão estatal em desacordo com a Constituição, e com a legislação infraconstitucional que disciplina àquela.

Essa constatação é decorrência da aplicação da garantia constitucional prevista no art. 5º, inciso XXXV, na qual é consagrado o princípio processual da indeclinabilidade da jurisdição, tendo como postulado que nenhuma ameaça ou lesão ao direito poderá deixar de ser apreciada pelo Judiciário, quer seja o direito de natureza intrinsecamente individual ou social, quer esteja sendo demandado de forma também individual ou coletiva.

Veja que, por este postulado, assegura-se o acesso à justiça por qualquer pessoa, implicando também na existência de mecanismos e instituições que permitam que aqueles que não disponham de recursos financeiros também possam pleitear seus direitos e defender-se, quando necessário, perante o Judiciário. Nesta senda, assume a Defensoria Pública posição de destaque, por ser instituição essencial à função jurisdicional do Estado. Ademais, também se verifica aqui a importância do órgão do Ministério Público na defesa do acesso à justiça, que é evidenciado pela ação civil pública para a defesa de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, pleiteando direitos socialmente relevantes de pessoas que, sem a sua atuação, não teriam acesso à Justiça.

Por derradeiro, a terceira causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mundialmente mais abrangentes. Por ser entendido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, 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.

Nesta tangente, do modelo europeu o Brasil copiou o controle de constitucionalidade por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal, tendo o artigo 103, da Carta Política, estabelecido o rol de legitimados para propor esta ação. Constata-se por este rol que vários órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas

diretamente ao STF, seja para determinar a inconstitucionalidade ou declarar a constitucionalidade de determinada lei. Nesse cenário, pode-se dizer que quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada à Suprema Corte Constitucional.

Essa retrospectiva denota que a judicialização de direitos vem sendo construída ao longo dos anos. Todavia, somente no ano de 2008, foram decididas pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito de ações diretas – que compreendem a ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) – questões como: a) o pedido de declaração de inconstitucionalidade, pelo Procurador-Geral da República, do art. 5º da Lei de Biossegurança, que permitiu e disciplinou as pesquisas com células-tronco embrionárias (ADIn 3.150); bem como o pedido de declaração da constitucionalidade da Resolução nº 7, de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, que vedou o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário (ADC 12); assim também o pedido de suspensão dos dispositivos da Lei de Imprensa incompatíveis com a Constituição de 1988 (ADPF 130). No âmbito das ações individuais, a Corte se manifestou sobre temas como quebra de sigilo judicial por CPI, demarcação de terras indígenas na região conhecida como Raposa/Serra do Sol, dentre outros.

É importante assinalar que em todas as decisões referidas acima, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar e o fez nos limites dos pedidos formulados. O Tribunal não tinha a alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento. Não se pode imputar aos Ministros do STF a ambição ou a pretensão, em face dos precedentes referidos, de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial. A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente.

Defende-se, pois, que a justiciabilidade das políticas públicas, conforme enfocado tem proximidade com o governo democrático e não juriscêntrico, haja vista que fundamentado na conservação e promoção dos direitos fundamentais sociais. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos dá-se a favor e não contra a democracia.

Advoga-se a tese de ser possível a intervenção judicial como forma de garantir condições mínimas necessárias a uma existência digna e essencial a própria sobrevivência do indivíduo, em observância ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, estando, condicionada, contudo, a reserva do possível, isto é, a capacidade econômico-financeira do Estado para sua imediata implementação.

Conclui-se que, como os direitos sociais estão elencados pela Magna Carta como direitos fundamentais e conforme disposição do artigo 5º, parágrafo 1º da constituição da República, estes têm aplicabilidade imediata. Disto decorre que o Estado que se omitir na implementação dos direitos fundamentais sociais poderá ser condenado à obrigação de fazer, por meio do que se conhece como "judicialização das políticas públicas", sem que isso signifique interferência de um poder sobre o outro.

2.5 As partes na lide: Particulares e Fazenda Pública

Como é cediço o entendimento, a relação processual é intitulada de triangular, em que para sua formação é necessária a existência de três personagens, quais sejam: autor, juiz e réu. Autor pode ser qualquer pessoa que tenha legítimo interesse para estar em juízo, seja pela legitimação ordinária, seja pela extraordinária.

Quando o autor ou réu é a Fazenda Pública, percebe-se que algumas regras processuais em relação a esta são mais benéficas, tendo como parâmetro qualquer particular em juízo. Esta afirmação pode ser facilmente constatada.

Entre os privilégios da Fazenda Pública em juízo pode-se citar: a prerrogativa de foro na Capital do Estado ou do território quando em litígio, conforme art. 99 do Código de Processo Civil; a previsão de maior prazo para defesa, sendo prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer em conformidade com o estatuído no art. 188 do Código de Processo Civil; a previsão do art. 38, da Lei Complementar 73/93 que determina a intimação pessoal do representante da União; a questão do reexame necessário das sentenças contra si proferidas, de acordo com o que reza o artigo 475, II, do Código de Processo Civil; fixação diferenciada dos honorários

advocatícios em caso de sucumbência, mediante apreciação eqüitativa do juiz e observados o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, com previsão legal no artigo. 20, § 4º do CPC; além da dispensa de depósito prévio para o ajuizamento de ação rescisória em conformidade com o artigo. 488, parágrafo único do CPC; bem como da dispensa de preparo para a interposição de recurso, conforme estabelece o art. 511, do CPC; como também, a dispensa do adiantamento das despesas dos atos processuais eventualmente requeridos, pagos ao final pelo vencido, de acordo com o artigo 27 do CPC; a previsão do artigo 928, parágrafo único do Código de Processo Civil que determina a audiência prévia em caso de requerimento de medida liminar em ação possessória; por fim, a impenhorabilidade de seus bens (mesmo os dominicais) em consonância com o artigo. 20, da Constituição Federal, artigo 649, do Código de Processo Civil e artigo 100 do Código Civil.

Vale ressaltar que uma corrente, considerada minoritária, considera que estes privilégios e/ou prerrogativas conferidos à Fazenda Pública quando em juízo violam o princípio constitucional da isonomia que na Constituição Federal, encontra-se amparado no caput do artigo 5º (Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...), já na legislação adjetiva, encontra-se tal regramento no artigo 125, do Código de Processo Civil, em que se exige do juiz no exercício de sua função de dirigir o processo que assegure às partes igualdade de tratamento, para que tenham as mesmas oportunidades de demonstrar suas razões e fazer valer os seus direitos.

Todavia, a corrente majoritária, defende que as prerrogativas e/ou privilégios conferidos à Fazenda Pública quando em juízo assentam-se no princípio da supremacia dos interesses coletivos sobre os interesses individuais. Assim, os interesses da coletividade transcenderiam aos particulares, descartando qualquer vulneração ao princípio constitucional da igualdade das partes litigantes.

Este também tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que assim já se pronunciou:

Não se equipara ao particular a Fazenda Pública. A Relevância do interesse público, por esta preservado, separa-a, na sua natureza, do particular.” (STF, RE 83041, Rel. Min. Cordeiro Guerra, publicado no DJU de 15.08.80).

RECURSO. IGUALDADE PROCESSUAL. PRIVILÉGIO DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 74 DO DL 960/38. Não ofende o princípio da isonomia, aplicável a igualdade das partes no processo, o conferimento de tratamento especial à Fazenda Pública, o que se faz em atenção ao peso e superioridade dos seus interesses em jogo.” (STF, RE 83432, Relator Min. Leitão de Abreu, publicado no DJU de 06.06.80).

Destarte, é bom esclarecer que estes privilégios da Fazenda Pública, quando em juízo, estando em litígio do outro lado um particular, na busca da efetivação de um direito fundamental social individual homogêneo ou até mesmo coletivo, podem-se configurar um abuso que corrompe a igualdade processual entre as partes, visto que não há razão de ser, já que a justificativa da supremacia dos interesses públicos sobre interesses individuais fica prejudicada diante o fato de que o direito em litígio é revestido de caráter público, posto que, amparado na dignidade da pessoa humana, considerado a um só tempo público subjetivo e igualmente coletivo.

CAPÍTULO 3 AS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS COMO DISCURSO E ARGUMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS: NOVAS NUANCES DO PROCESSO CIVIL

Antes de falar em si das decisões judiciais, compete resgatar as bases primordiais de como se firma o direito processual civil. Tem-se assim que o direito possui suas fontes, ou seja, o lugar onde surgem os preceitos jurídicos. Tais fontes são classificadas em formais e materiais, aquelas possuem força vinculante, sendo obrigatória para todos, aqui incluindo: a Constituição Federal, as leis infraconstitucionais, os tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, tanto os de natureza de emendas constitucionais (os que tratem de direitos humanos e forem aprovados por três quintos dos votos) como os de leis ordinárias. Além disso, a partir da reforma do judiciário pela emenda constitucional nº 45/2005, inclui-se nesse rol as súmulas vinculantes.

Já as fontes materiais do direito processual civil, apesar de não possuir força vinculante são responsáveis por apresentar o verdadeiro sentido das fontes formais, aqui se destacando: os princípios gerais do direito, os costumes, a analogia, a doutrina e a jurisprudência.

Isto posto, na doutrina duas correntes tem se firmado para tratar da justiciabilidade das políticas públicas, quais sejam: uma intitulada por Procedimentalista, que tem como expoente HABERMAS e a outra denominada de Substancialista, defendida por DWORKIN.

SANTOS (2006) faz uma abordagem crítica em torno da corrente Procedimentalista, dizendo que:

O incremento do controle judicial prejudica o exercício da cidadania ativa, pois envolve uma postura paternalista. De tal sorte, favorece a desagregação social e o individualismo, dado que o indivíduo, enquanto simples sujeito de direitos, fica totalmente dependente do Estado. Torna-se um cidadão-cliente e o Judiciário, o seu fornecedor

de serviços. Portanto, não representa situação desejada, mas situação crítica, correlata a uma crise institucional que precisa ser superada.

Seguindo a trilha traçada por SANTOS (2006), entendem os Substancialistas que os cidadãos deixam de ser autores e tornam-se meros destinatários do direito. Isto porque, para que sejam autores não é necessária a mediação do Judiciário, mas antes a "criação" ou conquista de canais comunicativos, que levem o poder democrático do centro para a periferia. Para os mesmos, dado que a lei não é a vontade direta do povo, este precisa ter meios de expressar sua própria vontade. Assim, a constituição deve apenas garantir a existência desses meios ou procedimentos, para que os cidadãos criem seu próprio direito. Os seus princípios não devem, pois, expressar conteúdo substantivo, mas somente instrumentalizar os direitos de participação e comunicação democrática.

Em que pese estas críticas, nos tribunais brasileiros o posicionamento que tende a se firmar é a justiciabilidade das políticas públicas sociais, defendendo a tese de ser possível à intervenção judicial como forma de garantir condições mínimas necessárias a uma existência digna e essencial a própria sobrevivência do indivíduo, em observância ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, através do ativismo judicial.

Como se verá, as decisões não ignoram o argumento da impossibilidade da implementação da política pública diante a impossibilidade financeira dos entes públicos, em outras palavras da "reserva do possível", mas deixa assentado que a capacidade econômico-financeira do Estado para a imediata implementação da política pública, não pode ser empecilho para garantia e prevalência dos direitos fundamentais da pessoa humana, aquilo se denomina de "mínimo existencial".

Adiante serão analisados julgados do STF e STJ pertinentes ao tema. A importância destas análises se justifica pelo fato de que estes Órgãos do Poder Judiciário possuem as características, conforme ensina LENZA (2008, p 465), de ser ao mesmo tempo órgãos de convergência (órgão de cúpula, responsável pela última decisão) e também de superposição (suas decisões sobrepõem às decisões proferidas por órgãos inferiores das Justiças comum e especial).

3.1 Julgados do STF sobre Políticas Públicas Sociais

No STF, em vários de seus julgados, a tese do Controle Jurisdicional das Políticas Públicas Sociais e a imposição de obrigações pelo Estado Administração através do Estado-Juiz, reflete a posição ativista das decisões judiciais deste órgão que cada vez mais vem adotando posição democrática em seus julgados, na medida em que vem condenando o Poder Executivo e/ou Legislativo a cumprir deveres próprios destes entes e proclamados pela Constituição Federal.

Dentro deste panorama a decisão judicial que mais se compactua com o abordado é a ADPF 45, em que figura como relator o Ministro Celso de Mello, segue parte da ementa:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). ADPF 45 MC/DF. RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO.

Este julgamento abordou a questão da legitimidade constitucional do Poder Judiciário para implementar políticas públicas sociais, no caso de flagrante ato abusivo praticado pela Administração, para tanto foi interposta Ação Constitucional de Descumprimento de Preceito Fundamental, tendo o relator dito ser: “instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando (...), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República”.

Acrescentou que por ser o STF o guardião da Constituição, jamais poderia se abster do encargo de tornar efetivos os direitos sociais, econômicos e sociais, direitos de segunda geração, ou dimensão, dizendo que caso esta Corte Constitucional “fechasse os olhos” diante de uma violação positiva ou negativa da Magna Carta comprometeria, a integridade da própria ordem constitucional, o que é inaceitável, como ele mesmo disse.

Como frisado anteriormente, o desrespeito à Constituição pode ocorrer tanto através da ação estatal quanto pela inércia do Poder Público. No primeiro caso temos um *facere* (atuação positiva), que suscita a inconstitucionalidade por ação. Já no segundo incide numa violação negativa que se dá pelo *non facere* ou *non praestare*, que ocasiona a inconstitucionalidade por omissão, seja total ou apenas parcial.

O Ministro Relator qualifica esta segunda como um “comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica”, eis que põem em xeque-mate os postulados e princípios da Magna Carta.

Este julgamento segue a trilha do entendimento de que mesmo não sendo função institucional do Poder Judiciário a atribuição de formular e implementar políticas públicas, caso se configure o descumprimento dos encargos político-jurídicos por parte dos Poderes Executivo e Legislativo que impliquem na ineficácia dos direitos fundamentais (individuais e/ou coletivos), mesmo os considerados como de normas ou conteúdo programáticas, de forma excepcional o Poder Judiciário poderá ficar com esta incumbência.

Enfatiza a decisão que:

(...) A realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se 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, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Todavia, continua dizendo o Ministro que o Poder Judiciário não pode permitir é a manipulação indevida da “reserva possível”, ou seja, criar obstáculo artificial na atividade financeira e/ou político-administrativa para inviabilizar o atendimento do que se denomina de mínimo existencial, que significa as condições materiais mínimas de existência da pessoa humana.

Neste compasso a decisão faz a seguinte advertência:

A cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Assim, é preciso estabelecer através do princípio da proporcionalidade e razoabilidade o que deve prevalecer: o direito proclamado no texto constitucional ou a (in)capacidade econômico-financeira do ente público responsável pela aquela obrigação.

Esclarece o julgado que o desatendimento ou descumprimento de obrigação que se reveste da qualidade de Direito Fundamental Social resulta na consequência de não se considerá-la como verdadeiro direito, o que não pode ser admitido pelo Poder Judiciário.

Em outro julgado a 2ª Turma do STF, tendo também como relator o Ministro Celso de Mello, defere através de recurso extraordinário o atendimento ou implementação de políticas públicas social no campo do direito à educação:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo

de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível".

Outrossim, mais recentemente, a decisão da 2ª Turma do STF, tendo como relator o Ministro Joaquim Barbosa, julgou por unanimidade em 23.06.2009 caso sobre direito social à educação que confirma o defendido neste trabalho, ou seja, a legitimidade do Poder Judiciário implementar políticas públicas sociais:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CARÊNCIA DE PROFESSORES. UNIDADES DE ENSINO PÚBLICO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. DEVER DO ESTADO. ARTS. 205, 208, IV E 211, PARÁGRAFO 2º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da Administração importa afronta à Constituição. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que "[a] educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental[...]. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos

estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional". Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. RE 594018 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO AGREGNO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. EROS GRAU Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU Órgão Julgador: Segunda Turma.

3.2 Julgados do STJ sobre Políticas Públicas Sociais

O Superior Tribunal de Justiça já apreciou o tema em alguns casos e em consonância com o STF admite o controle jurisdicional e a legitimidade do Poder Judiciário em torno da promoção da efetividade dos direitos fundamentais, através da implementação das políticas públicas sociais.

Um desses julgados foi exarado pela 1ª Turma, no REsp 753565 / MS RECURSO ESPECIAL 2005/0086585-2, tendo como relator o Ministro Luiz Fux , com decisão datada de 23 de março de 2007. Ficando decidido que:

Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - **Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. (Grifado)**

O julgamento da 1ª Turma do STJ, no Resp. nº 353.147-DF, tendo como Relator o Ministro Franciulli Netto segue a mesma inteligência do aqui elucidado, tendo assegurado a paciente portador de retinose pigmentar, doença que ataca a retina e diminui progressivamente o campo de visão até a cegueira completa, o direito a receber auxílio financeiro do Poder Público para prosseguir tratamento médico em outro país (Cuba), por recomendação de médicos brasileiros. Assim, firmou o julgamento:

O Sistema Único de Saúde pressupõe a integridade da assistência, de forma individual ou coletiva, para atender cada caso em todos os níveis de complexidade, razão pela qual, comprovada a necessidade de tratamento no exterior para que seja evitada a cegueira completa do paciente, deverão ser fornecidos os recursos para tal empresa. Não se pode conceber que a simples existência de Portaria suspendendo os auxílios financeiros para tratamento no exterior, tenha a virtude de retirar a eficácia das regras constitucionais sobre o direito fundamental à vida e à saúde.

Esses e outros julgados já citados no texto deste trabalho são exemplos recentes do atuar dos tribunais superiores brasileiros que vem se mostrando, sobretudo nos últimos tempos, favoráveis à efetividade das políticas públicas via judiciário, encontrando no ativismo judiciário as bases para um julgamento justo. Pois, conforme escreve Ives Gandra da Silva Martins, citada no Resp. nº 353.147-DF, 1ª Turma do STJ:

O ser Humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo.

3.3 A decisão judicial como discurso democrático: novo rumo do processo civil

Segundo JORGE NETO (2009, p 106): “A decisão judicial é fruto de um procedimento constitucional e legalmente regulado, que deve observar princípios que assegurem às partes uma ampla participação no resultado final do processo.”

O pensamento iluminista pretendia a decisão judicial como o resultado de um discurso lógico-formal, sendo a lei a premissa maior, os fatos, a premissa menor e

ao Juiz competia, através das premissas, proferir uma conclusão estritamente vinculada à lei.

Ocorre que com o pós-positivismo, muitas questões da esfera propriamente política passaram a ser da esfera jurídica. Dentro destas matérias políticas, os direitos fundamentais sociais se destacam como campo de atuação do Poder Judiciário.

Assim, defender a implementação das políticas públicas sociais pelo Poder Judiciário é sinônimo de se afirmar que tal Poder Estatal analisará a política pública adotada, pelo Poder Executivo e/ou Legislativo, constatando se ela fere ou não os direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões. Em caso positivo, ou seja, constatando o descompasso, o Poder Judiciário tem legitimidade e competência para determinar que o poder público sane a lesão, através do estabelecimento de uma nova política pública mais condizente com o proclamado pelos fundamentos constitucionais adotados, em vista do atendimento do bem-estar social.

Destarte, preciosas são as palavras de JORGE NETO (2009, p 104):

É dizer, o Poder Judiciário, ao syndicar uma determinada atividade estatal, não poderá usar como razão de decidir os objetivos ou programas de ação estabelecidos pelos demais poderes, ou julgar quais os melhores programas ou planos de ação. Deverá estar voltado para os próprios direitos fundamentais e terá que decidir se a atividade levada a efeito pelo Estado, os objetivos estabelecidos ou os programas de ação ofendem ou não os direitos fundamentais. Como veremos mais adiante, ao tratarmos especificamente dos limites do controle, caso não fique demonstrada a ofensa, caso o poder público comprove a impossibilidade material ou jurídica para agir, ou entendendo o julgador que os direitos fundamentais vêm sendo efetivados em grau ótimo, o Judiciário julgará improcedente o pedido de intervenção.

Por tudo aqui registrado, deflui-se o entendimento de que a função social do direito processual civil assume cada vez mais uma posição de enaltecimento. O Juiz moderno não é mero aplicador da lei, mas acima de tudo um juiz-cidadão, atento às necessidades e exigências da comunidade diante dos direitos sociais judiciáveis, assumindo um papel ativista na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme proclama o art. 3º, inciso I, da CF, na medida em que se torna responsável pela legitimação social do direito, dando efetividade aos direitos fundamentais previstos no art. 6º, da CF.

Isso porque, a nova tendência do ativismo judicial, considerado um princípio a reger o processo civil hodierno, juntamente com os outros princípios, tem encontrado guarida na jurisprudência pátria, inclusive nos Tribunais Brasileiros de Convergência e Superposição. De forma que hoje, apesar dos entendimentos contrários, admite-se a concretização dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário, diante atuação ou omissão do Poder Público. Defende-se que a judicialização das políticas públicas sociais com a conseqüente resposta do Estado-Juiz deve está atrelada à idéia de sociedade justa e igualitária, buscando nos preceitos constitucionais vigentes a decisão mais compatível com os ditames de justiça social. Advoga-se que, neste contexto, o Direito Processual Civil precisa está atento a esta “nova” tendência, como tem ultimamente feito o STF e STJ.

Por fim, frise-se que quando o Poder Judiciário, enquanto Jurisdição Constitucional anula determinados atos votados e aprovados por representantes eleitos de forma majoritária, para dar prevalência aos princípios e direitos fundamentais, assegurados pela Carta Política, em que pese o fato de se caracterizar em instância de poder contra-majoritário a sua intervenção se dá favoravelmente e não contra a democracia, isso porque tais princípios ou direitos são condições indispensáveis ao funcionamento do Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento do Estado Social, novos e importantes desafios foram trazidos ao direito, pois que, os direitos fundamentais de segunda e terceira dimensão ganharam força, tendo demonstrado no decorrer do trabalho que eles foram iguados aos direitos subjetivos individuais, no sentido de poderem ser reclamados e concretizados.

Nesta senda, o Poder Judiciário, que tem a função de dirimir os conflitos, tem o dever de seguir o devido processo legal, na sua vertente substancial. Em razão disso, a dogmática formal processual abre espaço para a formação de um processo mais justo, em conformidade com o Estado de Bem – Estar Social.

Isso implica na proteção dos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões que normalmente, como visto, apresentam-se como direitos transindividuais. Assim, para sua concretização é necessária a adoção e efetivação, em maior ou menor medida, de políticas públicas pelos Poderes Legislativo e Executivo.

As políticas públicas, como apresentado, caracterizam-se em qualquer fazer estatal para a concretização dos direitos fundamentais, analisados na sua esfera ou dimensão social. Disso, decorre a problemática de se averiguar se o Poder Judiciário está autorizado a proceder com este controle e em que medida isso tem sido feito pelos Tribunais Superiores: STF e STJ.

O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário encontra um entrave na alegação de interferência de um poder em outro, por isso, buscou-se estudar se esta interferência implicava na desobediência à teoria de separação de poderes (funções). Desse estudo, concluiu-se que o Poder Judiciário precisa estar atento às questões sociais, proclamadas como direitos fundamentais pela Constituição Federal que, inclusive, foi alçada à condição aplicabilidade imediata.

Assim, o Poder Judiciário que tem a função de dizer o direito não só pode fazer o controle das políticas públicas sociais que devem ser seguidas pelos Poderes Legislativo e Executivo, como também, torna-se um dever exigível pelo Estado Democrático de Direito que reclama pelo enaltecimento da dignidade da pessoa humana, fundamento e princípio da República Federativa do Brasil (art. 3º, III, CF).

Para cumprir com este dever o Poder Judiciário precisa proferir decisões que atendam aos anseios da coletividade. Tendo os princípios constitucionais mais do que

nunca importância neste mister. Nesta senda, precisa o julgador atentar os olhos para uma postura ativista.

O ativismo do Juiz surge como princípio que condiz com a contextualidade do Direito Processual Civil, no pertinente à atividade jurídica e à ação judiciária: atuação de um Poder (política); função do *jus dicere* (finalidade); processo e organização (instrumentalidade). Dentro desse quadro, o estudioso pode aderir a um novo princípio de legitimidade ou a uma nova idéia de direito, com o juiz como figura principal.

O ativismo do juiz atua sobre o comportamento deste no processo, em busca de um direito judicial, menos submisso às leis ou à doutrina estabelecida e às convenções conceituais. Não importa numa simples, embora ágil, aplicação da norma e que a deixe inalterada. Nem é atitude voluntariosa, mas tomada de consciência no presente e diretriz de decisões futuras.

Não se pode dizer que o ativismo judiciário seja um novo sistema fora da realidade. Ao contrário, a sociedade necessita de meios que possam possibilitar a eficácia do direito, dos seus direitos, e nesse sentido o ativismo vem sendo um grande meio de efetividade dos direitos sociais contidos no art. 6º da Constituição Federal, o qual abrange a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, à proteção à maternidade e à infância, além da assistência aos desamparados. Tais direitos fundamentais são característicos do Estado de Bem-Estar Social, do qual se difere radicalmente o Estado Liberal, porque, enquanto este se contentava em impor prestações negativas ao Estado, aquele determina a imposição de prestações positivas, no campo dos direitos sociais.

Nas hipóteses de negação de prestação dos serviços sociais básicos, tem-se admitido nos Tribunais Superiores que o Judiciário atue, ainda que isto implique uma decisão sobre aplicação de recursos públicos. Nesse sentido, cabe ao Poder Judiciário, por exemplo, assegurar a paciente tratamento médico, o fornecimento gratuito de medicamentos, por ser dever do Poder Público dar efetividade ao direito à saúde contido no art. 196 da CF e regulamentado na Lei 9.313/96, sob pena de grave comportamento inconstitucional.

No território do direito privado, no equilíbrio das relações jurídicas, entre o mais fraco e o mais forte, o Judiciário tem ampla margem para desenvolver a sua missão

democrática, ao bem interpretar e aplicar leis. Exige-se, através do ativismo judicial, que o Judiciário seja crítico, ousado e criativo.

É necessário acentuar que o direito à educação que representa prerrogativas constitucionais atribuídas a todos, impõe ao poder público um poder/dever de prestações positivas à sociedade.

Nesse contexto constitucional, que implica a implantação de políticas públicas pelo sistema político, não pode o Judiciário frente à omissão dos demais Poderes em concretizar as opções políticas fundamentais conformadoras da Constituição, deixar de dar efetividade à pretensão dos preceitos e dos princípios que nela se acham consignada.

Portanto, a função social do novo direito processual implica na reformulação de velhas posturas judiciais. O juiz moderno não é um mero aplicador da lei, mas um juiz-cidadão, que está atento para as necessidades sociais. É importante observar que o ato de julgar não é uma tarefa essencialmente axiológica, não podendo o juiz contentar-se com a idéia de que a justiça está toda contida nos veículos legislativos, mas ser um crítico dos preceitos ditados pelo legislador ou pelo próprio Presidente da República em sua função legiferante.

Diante de tudo relatado, vê-se à ampliação do raio de atuação do Poder Judiciário através da nova política de ação adotada pelo Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça: o ativismo judiciário diante a justiciabilidade dos políticas públicas sociais no novo direito processual.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18. Ed. Ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL, Constituição (1988). Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004

BRASIL, Código Civil de 2002, Novo código civil e legislação correlata, Brasília; Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2003.

BUENO, Ewerton Teixeira. *Efetividade dos Direitos Sociais* < www.iedc.org.br/REID/?CONT=00000093 > Acesso em: 07 de junho de 2009

CASTRO, Adriana Vieira de. *O Controle Judicial das Políticas Públicas como Garantia de efetividade dos direitos fundamentais* < http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/artigo_default.asp?ID=162 > Acesso em: 06 de junho de 2009.

CAMBI, Eduardo. *Função Social do Processo Civil*. In, DIDIER JR, Fredie (coord.), Et. Al. *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Bahia: Jus Podivm, 2009.

CARVALHO, Carlos Eduardo A Carvalho. *Fundamentação racional das Decisões Jurídicas*. In TAVARES, Fernando Horta (coord.), Et. Al. *Constituição, direito e Processo: Princípios Constitucionais do Processo*. Curitiba: Juruá, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre os Direitos Fundamentais*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*. Disponível em: <http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu_n9_cittadino.pdf> Acesso em: 28 maio 2009.

_____ *Comentários aos Princípios de Bangalore*
columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp...2002 Aecssso em: 20 de junho de 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Papel do Juiz na Efetivação dos Direitos Humanos, Direitos Humanos Visões Contemporâneas*. 1 ed. São Paulo, Editora Método, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *O futuro do processo civil brasileiro*. In: Fundamentos do processo civil moderno. Vol II. Cit p 754. 3 ad. São Paulo: Malheiros, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, José Eduardo. *Direito Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FONSECA, Paulo Henriques da. *Exclusão Sociojurídica e Direitos Humanos: um caso de acesso à Justiça em Sousa, Paraíba*. João Pessoa, PB. UFPB / PPGCJ, 2007. Disponível em: http://www.josuelima.net/ppgcj/gerencia/docs/010_146_03_10.pdf. Acesso em: 19 de abril de 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual: de acordo com a Constituição de 1988*. São Paulo: Forense Universitária, 1990.

JUNIOR, Fredie Didier. et al. *Tutela Jurisdicional Coletiva*. 1. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

JUNIOR, Fredie Didier. et al. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2009. vol. 4.

ZAHLOUTH JÚNIOR, Carlos. *Direitos Sociais*. jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1139 Acesso em: 16 de junho de 2009

LEITE, Evandro Gueiros. *Ativismo Judicial*. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/16980/1/Ativismo_Judicial.pdf Acesso em: 27 maio 2009.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado. Artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 6.ed. Barueri: Manole, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 6. ed. ver. e atual. – Barueri, SP: Manole, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 39. ed. atual. até 16 de janeiro de 2007. São Paulo : Saraiva 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. 2.ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10 ed. rev., ampl. e atual. até 1.º de outubro de 2007. – São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007.

NETO, Nagibe de Melo Jorge. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas*. 1 ed. Bahia: Jus Podivm, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Franco. *Ativismo e protagonismo judicial em xeque*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12587> Acesso em: 10 de /06/2009.

SANTOS, Marília Lourido dos. Políticas públicas (econômicas) e controle . Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3179>>. Acesso em: 16 junho. 2009 - (teoria procedimentalista)

VADE Mecum acadêmico de direito/Anne Joyce Angher organização. – 4. ed. – São Paulo: Rideel, 2007. – (Coleção de leis Rideel).

VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. et al. *Curso Avançado de Processo Civil Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 5ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. vol. 1.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2006.