


UniCEUB
ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A atuação do poder judiciário no estado constitucional em face do fenômeno da judicialização das políticas públicas no Brasil

Action of the judiciary in state constitutional in face of the phenomenon judicialization of public policy in Brazil

Sílvio Dagoberto Orsatto

VOLUME 5 • NÚMERO ESPECIAL • 2015

Sumário

EDITORIAL	V
Carlos Ayres Britto, Lilian Rose Lemos Soares Nunes e Marcelo Dias Varella	
GRUPO I - ATIVISMO JUDICIAL	1
APONTAMENTOS PARA UM DEBATE SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL.....	3
Inocêncio Mártires Coelho	
A RAZÃO SEM VOTO: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O GOVERNO DA MAIORIA.....	24
Luís Roberto Barroso	
O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO CASO MS3326	52
Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Obach Lepper	
DO ATIVISMO JUDICIAL AO ATIVISMO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	63
Christine Oliveira Peter	
ATIVISMO JUDICIAL: O CONTEXTO DE SUA COMPREENSÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS RACIONAIS	89
Ciro di Benatti Galvão	
HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E ATIVIDADE JUDICIAL PRAGMÁTICA: APROXIMAÇÕES.....	101
Humberto Fernandes de Moura	
O PAPEL DOS PRECEDENTES PARA O CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA.....	116
Lara Bonemer Azevedo da Rocha, Claudia Maria Barbosa	
A EXPRESSÃO “ATIVISMO JUDICIAL”, COMO UM “CLICHÉ CONSTITUCIONAL”, DEVE SER ABANDONADA: UMA ANÁLISE CRÍTICA	135
Thiago Aguiar Pádua	
A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AOS FENÔMENOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO ATIVISMO JUDICIAL	170
Mariana Oliveira de Sá e Vinícius Silva Bonfim	

ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA: A ATUAÇÃO DO STF E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA NO BRASIL..191

Marilha Gabriela Reverendo Garau, Juliana Pessoa Mulatinho e Ana Beatriz Oliveira Reis

GRUPO II - ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS.....207

POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO JUDICIAL: O DILEMA ENTRE EFETIVIDADE E LIMITES DE ATUAÇÃO.....209

Ana Luisa Tarter Nunes, Nilton Carlos Coutinho e Rafael José Nadim de Lazari

CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E CONSTITUCIONAL224

Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de Souza

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL EM FACE DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL239

Sílvio Dagoberto Orsatto

POLÍTICAS PÚBLICAS E PROCESSO ELEITORAL: REFLEXÃO A PARTIR DA DEMOCRACIA COMO PROJETO POLÍTICO253

Antonio Henrique Graciano Suxberger

A TUTELA DO DIREITO DE MORADIA E O ATIVISMO JUDICIAL.....265

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO À SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E OS IMPACTOS DA POSTURA ATIVISTA DO PODER JUDICIÁRIO..... 291

Fernanda Tercetti Nunes Pereira

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO SUBJETIVO INDIVIDUAL À SAÚDE, À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE JOHN RAWLS..... 310

Urá Lobato Martins

BIOPOLÍTICA E DIREITO NO BRASIL: A ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO DE ANENCÉFALOS COMO PROCEDIMENTO DE NORMALIZAÇÃO DA VIDA330

Paulo Germano Barrozo de Albuquerque e Ranulpho Rêgo Muraro

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DA RELAÇÃO DE CONSUMO: UMA ANÁLISE DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE PRIVADO NO ESTADO DE SÃO PAULO.....348

Renan Posella Mandarinó e Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DA DEMARCAÇÃO DOS TERRITÓRIOS QUILOMBOLAS	362
Larissa Ribeiro da Cruz Godoy	
POLÍTICAS PÚBLICAS E ETNODESENVOLVIMENTO COM ENFOQUE NA LEGISLAÇÃO INDIGENISTA BRASILEIRA.....	375
Fábio Campelo Conrado de Holanda	
TENTATIVAS DE CONTENÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	392
Alice Rocha da Silva e Andrea de Quadros Dantas Echeverria	
O DESENVOLVIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	410
André Pires Gontijo	
O ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA PARA ALÉM DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA.....	425
Giovana Maria Frisso	
GRUPO III - ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA.....	438
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA. REALIDADE INTERCAMBIANTE E NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DA QUESTÃO. ESTUDO COMPARATIVO. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL- ADPF 130- E A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.	440
Luís Inácio Lucena Adams	
A GERMANÍSTICA JURÍDICA E A METÁFORA DO DEDO EM RISTE NO CONTEXTO EXPLORATIVO DAS JUSTIFICATIVAS DA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	452
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	
ANARQUISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA.....	480
Ivo Teixeira Gico Jr.	
A (DES)HARMONIA ENTRE OS PODERES E O DIÁLOGO (IN)TENSO ENTRE DEMOCRACIA E REPÚBLICA.....	501
Aléssia de Barros Chevitarese	
PROMESSAS DA MODERNIDADE E ATIVISMO JUDICIAL.....	519
Leonardo Zehuri Tovar	
POR DENTRO DAS SUPREMAS CORTES: BASTIDORES, TELEVISIONAMENTO E A MAGIA DA TRIBUNA.....	538
Saul Tourinho Leal	

DIREITO PROCESSUAL DE GRUPOS SOCIAIS NO BRASIL: UMA VERSÃO REVISTA E ATUALIZADA DAS PRIMEIRAS LINHAS	553
Jefferson Carús Guedes	
A OUTRA REALIDADE: O PANCONSTITUCIONALISMO NOS ISTEITES	588
Thiago Aguiar de Pádua, Fábio Luiz Bragança Ferreira E Ana Carolina Borges de Oliveira	
A RESOLUÇÃO N. 23.389/2013 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E A TENSÃO ENTRE OS PODERES CONSTITUÍDOS	606
Bernardo Silva de Seixas e Roberta Kelly Silva Souza	
O RESTABELECIMENTO DO EXAME CRIMINOLÓGICO POR MEIO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 26: UMA MANIFESTAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL	622
Flávia Ávila Penido e Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves	
NORMAS EDITORIAIS.....	637
Envio dos trabalhos.....	639

A atuação do poder judiciário no estado constitucional em face do fenômeno da judicialização das políticas públicas no Brasil*

Action of the judiciary in state constitutional in face of the phenomenon judicialization of public policy in Brazil

Sílvio Dagoberto Orsatto**

RESUMO

O artigo foi elaborado com objetivo de explicitar acerca do novo papel reservado ao Poder Judiciário na efetividade dos direitos fundamentais sociais. Com base no fenômeno identificado de judicialização das relações sociais, perquire-se acerca do ativismo judicial. A partir do compromisso do Estado Constitucional, com a implementação das políticas públicas, busca-se contextualizar a legitimação das conquistas sociais. Mediante reexame da história da origem da formação da sociedade colonial brasileira, a partir da análise da participação do nativo e do negro na construção da economia nacional investigando-se a origem da dívida do Estado a ser resgatada por meio das políticas sociais para com uma parcela expressiva da atual sociedade. O método utilizado foi o indutivo com acionamento da técnica da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica; na fase de tratamento dos dados optou-se pelo método cartesiano¹ e, em face do resultado das análises, empregou-se o método indutivo no relato da pesquisa. Por fim, verificou-se a necessária evolução para o Estado contemporâneo, conservando as conquistas do Estado de direito e incorporando a democracia substantiva como valor para dar efetividade aos direitos fundamentais sociais. Como meio de dar concretude as promessas sociais, o Poder Judiciário assume a missão de impor correções a atuação do Poder Público por meio do fenômeno da judicialização das relações sociais.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Judicialização das Políticas Públicas. Poder Judiciário. Ativismo Judicial. Estado Constitucional.

ABSTRACT

The article was prepared with the aim of explaining about the new role assigned to the judiciary in the effectiveness of fundamental social rights. Based on the identified phenomenon of judicialization of social relations

1 “[...] pode ser sintetizada em quatro regras: 1. Duvidar; 2. Decompor; 3. Ordenar; 4. Classificar e revisar. Em seguida, realizar Juízo de Valor”, consoante PASOLD, Cesar Luiz, Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática, p. 204.

* Recebido em 01/10/2014
Aprovado em 05/12/2014

** Mestre em Direito pela UNIVALI (2004). Aluno do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica do Convênio Univali/TJSC/Academia Judicial para obtenção de dupla titulação; juiz de direito titular da Vara da Fazenda Pública, Acidente de Trabalho, Executivos Fiscais e Registros Públicos da Comarca de Lages - Estado de Santa Catarina. E-mail: silvio.orsatto@uol.com.br

perquire-about judicial activism. The commitment of the Constitutional State in the implementation of public policies, we seek to contextualize the legitimation of social achievements. Upon review of the history of the origin of the formation of the Brazilian colonial society from the analysis of the participation of indigenous and black in national economic construction investigating the origin of government debt to be rescued through social policies with a significant portion the present society. The inductive method was used to drive the technical category, the operational concept and literature; the treatment phase of the data was chosen Cartesian method and, given the results of the analysis, we used the inductive method in reporting the research. Finally, there was a necessary evolution for the contemporary state saving of the rule of law and democracy as incorporating substantive value to give effect to fundamental social rights. As a means of giving concrete social promises, the judiciary assumes the mission of imposing fixes the performance of the government through the phenomenon of judicialization of social relations.

Keywords: Fundamental Rights. Legalization of Public Policy. Judiciary. Judicial Activism. Constitutional State.

1. INTRODUÇÃO

Uma verdadeira revolução social se apresenta em curso — deflagrada pelo Movimento das Diretas Já² e pela promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil — em decorrência da busca da efetivação dos direitos fundamentais sociais, impondo novos papéis ao Poder Judiciário, tanto em relação ao que se denomina de ativismo judicial como na necessidade de uma ação legitimadora deste poder em face do povo brasileiro.

Ao Poder Judiciário não lhe é autorizado a atuar como Pôncio Pilatos³, o qual, relata a Bíblia⁴, lavou literalmente as mãos e entregou o julgamento de Jesus ao povo em praça pública⁵, pois tem a competência outorgada constitucionalmente, em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição, o controle [de constitucionalidade] dos atos da Administração Pública — pela via da jurisdição constitucional — e, difusamente, pela caminho inverso a partir do primeiro grau, por meio da demanda judicial, o exame do controle concreto das políticas públicas quando houver ameaça ou lesão a direito, seja este de natureza individual ou coletiva.

Este estudo promove um exame do fenômeno da judicialização das relações sociais e o papel do Poder Judiciário na efetivação dos compromissos do Estado brasileiro a partir da perspectiva da evolução da história do Brasil.

O artigo se apresenta subdividido em três capítulos. No primeiro, aborda-se a democracia substantiva como expressão do Estado contemporâneo. No segundo, trata-se do reexame da contribuição da história do período colonial para a formação e evolução do Estado no Brasil até o atual modelo de estado democrático de direito e, por fim, no último capítulo discute-se o fenômeno da judicialização dos direitos fundamentais sociais como manifestação ativa do Poder Judiciário no cumprimento da promessa do Estado Constitucional.

2 Movimento de origem popular ocorrido no Brasil, em 1984, que exigia eleições diretas para presidente da república e que culminou — pacificamente —, embora ainda por meio de eleições indiretas e da fortuita posse do vice-presidente José Sarney com o fim da ditadura militar de três décadas.

3 Governador da província romana da Judéia. Paradoxalmente, após um longo período de submissão política e militar, o Império Romano retira sua proteção do território da região de Jerusalém quando passa a adotar o cristianismo como religião oficial.

4 Conforme Mateus 27:24-31, em: BÍBLIA. Português. *Bíblia online*: velho e novo testamento. Disponível em: <<http://www.bibliaonline.com.br/acf>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

5 Conforme Lucas 23:5-19, em: BÍBLIA. Português. *Bíblia online*: velho e novo testamento. Disponível em: <<http://www.bibliaonline.com.br/acf>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

2. A DEMOCRACIA SUBSTANTIVA COMO EXPRESSÃO DO ESTADO CONTEMPORÂNEO

A soberania popular representa o valor mais relevante da democracia constitucional e o poder da sociedade para a conformação do Estado na realização do bem comum mediante a sua função social.

Acrescenta-se, conforme dispõe o inc. III do art. 1º da Constituição⁶, com esteio no princípio da dignidade da pessoa humana como orientação de atuação do Estado democrático de direito. Segundo Flávia Piovesan⁷:

daí a primazia ao valor da dignidade humana, como paradigma e referencial ético, verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, regional e global, dotando-lhes especial racionalidade, unidade e sentido.

Luigi Ferrajoli cunhou a expressão esfera do indecível⁸ para resguardar os direitos fundamentais pois estes representam limites substanciais ao poder público pelo qual “nenhum poder, nem mesmo à maioria, é consentido decidir ou não decidir”, funcionando como impeditivo da atuação do Poder Legislativo, o qual encontra limitações substanciais quanto ao objeto de sua atuação legiferante.

Por consequência, havendo afronta à esfera do indecível, ou seja, aos direitos fundamentais, ainda que de forma parcial caracteriza-se a inconstitucionalidade e a reprovabilidade do ato em um juízo de validade.

O garantismo de Luigi Ferrajoli⁹ representa um marco em termos de desenvolvimento de uma hermenêutica constitucionalista baseado em critérios de legitimação em face dos direitos fundamentais e não apenas para o direito penal:

[...] es también posible elaborar para ellos, con referencia a otros derechos fundamentales y a otras técnicas o criterios de legitimación, modelos de justicia y modelos garantistas de legalidad – derecho civil, administrativo, constitucional, internacional, laboral – estructuralmente análogos al penal aquí elaborado. Y también para ellos las aludidas categorías, en las que se expresa el planteamiento garantista, representan instrumentos esenciales para el análisis científico y para la crítica interna y externa de las antinomias y de las lagunas – jurídicas y políticas – que permiten poner de manifiesto.¹⁰

Sérgio Cademartori¹¹ ressalta a dimensão ideal do Estado de direito dada pela teoria de Ferrajoli, observando que:

Esta teoria **embasa-se no conceito de centralidade da pessoa, em nome de quem o poder deve constituir-se e a quem deve o mesmo servir** [...] Como modelo explicativo do Estado de Direito, a teoria garantista consegue dar conta desse aparato de dominação com extrema competência, eis que o apresenta como uma estrutura hierarquizada de normas que se imbricam por conteúdos limitativos ao exercício do poder político. Propõe-se assim um modelo ideal de Estado de Direito, ao qual os diversos Estados Reais de Direito devem aproximar-se, sob pena de deslegitimação. **Tem-se aqui então o aspecto propositivo da teoria, ao postular valores que necessariamente devem estar presentes enquanto finalidades a serem perseguidas pelo Estado de Direito, quais sejam a dignidade humana, a paz, a liberdade plena e a igualdade substancial.**

6 BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 jun. 2014.

7 PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2007. v. 1. p. 16.

8 FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (Coleção Estado e Constituição). p. 47.

9 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995. p. 854.

10 “[...] É possível se preparar para eles, com referência a outros direitos fundamentais e outras técnicas ou critérios de legitimidade, os modelos de justiça e modelos oferecem garantias de legalidade - civis, administrativos, constitucionais, internacionais, de direito do trabalho - estruturalmente análogas ao penal aqui desenvolvidos. E para eles as categorias acima mencionadas, onde a abordagem garantista expressas representam ferramentas essenciais para a análise científica e para a crítica interna e externa das contradições e lacunas — jurídicas e políticas — que permitem colocar manifesto”: [tradução livre].

11 CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 72. (grifo nosso).

Para resguardar e alcançar tais valores, é fundamental considerar qual o paradigma de justiça para o Estado de direito assegurar a democracia substantiva e seus corolários. Marcelo Neves¹² observa que, para tal fim:

Nesse tipo de Estado, Têmis deixa de ser um símbolo abstrato de justiça para se tornar uma referência real e concreta de orientação da atividade de Leviatã. Este, por sua vez, é rearticulado para superar a sua tendência expansiva, incompatível com a complexidade sistêmica e a pluralidade de interesses, valores e discursos da sociedade moderna.

Especificamente, no caso do Estado brasileiro, quanto aos obstáculos a serem superados para a concretização da igualdade substantiva, Marcelo Neves¹³ registra:

A experiência brasileira enquadra-se como um caso típico de modernidade periférica, desde que a crescente complexidade e o desaparecimento do moralismo tradicional **não têm sido acompanhados de maneira satisfatória pela diferenciação funcional e pelo surgimento de uma esfera pública fundada institucionalmente na universalização da cidadania**. Isso implica obstáculos graves à realização do Estado Democrático de Direito.

Uma das inequívocas demonstrações da não realização desses valores está na ineficiência do Estado na execução de políticas públicas exige a correção dos meios.

Para tal mister, o Poder Judiciário tem sido instado por meio de demandas judiciais a examinar questões que envolvem relações sociais. Muitos criticam a ingerência do juiz cognominando o fenômeno de judicialização das relações sociais e a ação judicial em ativismo judicial. Outros, como Ronald Dworkin¹⁴ apresentam uma crítica em função em de que a prestação jurisdicional deve ser pautada pela racionalidade e não com base em preferência pessoal do juiz:

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.

Em lado oposto, situam-se aqueles que admitem, ainda que sob condições, que o *déficit* de democracia apresentado no Brasil reclama uma atuação positiva do Poder Judiciário. Celso de Mello¹⁵ defende a intervenção em hipóteses específicas:

Quando se registram omissões inconstitucionais do Estado, **sempre tão** ilegítimas **quão** profundamente lesivas a direitos e liberdades fundamentais das pessoas, das instituições e da própria coletividade, torna-se justificável a intervenção do Judiciário, **notadamente** a desta Corte Suprema, **para suprir incompreensíveis** situações de inércia reveladas pelas instâncias de poder em que se pluraliza o aparelho estatal brasileiro.

Nem se alegue, em tal situação, a ocorrência de ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal, **especialmente** porque, **dentre** as inúmeras causas **que justificam esse comportamento afirmativo** do Poder Judiciário, **de que resulta uma positiva construção jurisprudencial ensejadora** da possibilidade de exercício de direitos proclamados pela própria Carta Política, **inclui-se a necessidade** de fazer prevalecer **a primazia** da Constituição da República, **muitas vezes** vulnerada e desrespeitada *por inadmissível omissão* dos poderes públicos.

[...] *práticas de ativismo judicial*, **embora** moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema *em momentos excepcionais*, **tornam-se uma necessidade institucional**, quando os órgãos do Poder Público se omitem **ou** retardam, *excessivamente*, **o cumprimento** de obrigações a que estão sujeitos, *ainda mais se se*

12 NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*. uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. Prefácio. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 19.

13 NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*. uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. Prefácio. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 244.

14 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 451-452. (grifo nosso).

15 MELLO FILHO, José Celso de. *Discurso proferido, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil*. 23 abr. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_de_Posse_do_Min_Gilmar_Mendes_na_Presidencia.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2014. p. 9-10. (grifo do autor).

tiver presente que o Poder Judiciário, **tratando-se** de comportamentos estatais **ofensivos** à Constituição, **não pode se reduzir** a uma posição de pura passividade.

Em momento anterior, Celso de Mello¹⁶ afirmara com maior ênfase: “**Nem se censure eventual ativismo judicial** exercido por esta Suprema Corte” e, após, passa a referir-se as causas que justificam a atuação ativa do Poder Judiciário “[...] **inclui-se a necessidade** de fazer prevalecer **a primazia** da Constituição da República, **muitas vezes** transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos”.

Reserva-se, assim, uma atuação para resguardar valores supremos de uma sociedade mediante o controle judicial da própria atividade do Estado. Luís Roberto Barroso¹⁷ anota que:

Um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, inclusive e sobretudo os das minorias, em face de maiorias parlamentares eventuais. Seu pressuposto é a existência de valores materiais compartilhados pela sociedade que devem ser preservados de injunções estritamente políticas. A questão da legitimidade democrática do controle judicial é um dos temas que têm atraído mais intensamente a reflexão de juristas, cientistas políticos e filósofos da Constituição [...].

Os direitos fundamentais positivados na Constituição são reconhecidos mediante expressa qualificação como tal caracterizados pela relevância do momento histórico e refletem valores universais, havendo relação direta com a existência humana e representam produto de uma construção histórica¹⁸ cuja concepção de fundamentalidade revela os valores de sua época, sua cultura e seu espaço.

Acerca da perspectiva histórica do marco civilizatório na evolução da sociedade, Norberto Bobbio¹⁹ anota que:

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, **nascidos em certas circunstâncias**, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e **nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas** [...] o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.

Examinado o Estado no enfoque da promoção do fim social para consecução de seu princípio basilar — a dignidade da pessoa humana — como valor para dar efetividade à democracia impõe-se analisar a história do Brasil para que se construía uma conexão entre os nativos habitantes da terra de Pindorama, a qual Cabral nominou de Ilha de Vera Cruz, os colonizadores e os escravos, na formação do Estado brasileiro para buscar o elo que nos liga ao futuro do Brasil, pela mensagem insculpida pela posituação constitucional dos direitos fundamentais.

3. UM REEXAME DA CONTRIBUIÇÃO DA HISTÓRIA DO PERÍODO COLONAL PARA A FORMAÇÃO E EVOLUÇÃO DO ESTADO NO BRASIL ATÉ O ATUAL MODELO DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Embora o Brasil tenha como referência histórica a data de seu descobrimento no ano de 1500, a colônia sul-americana de Portugal não tinha vida política. Jorge Caldeira²⁰ relata que

16 MELLO FILHO, José Celso de. *Discurso proferido, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil*. 23 abr. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_de_Posse_do_Min._Gilmar_Mendes_na_Presidencia.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2014. p. 12. (grifo do autor).

17 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 2. (grifo nosso).

18 Alguns documentos contribuíram como antecedentes das declarações positivas de direitos, do período feudal, nos quais o rei comprometia-se a respeitar os direitos de seus vassallos. Não afirmavam direitos humanos, mas direitos de estamentos, de acordo com: COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 40.

19 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Eselvier, 2004. (Título original: *L'età di Diritti*). p. 9. (grifo nosso).

20 CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 170.

[...] nos primeiros anos seguintes à notícia da terra, enquanto ela ganhava o nome de Brasil por sobre o nome oficial de Terra de Santa Cruz, atiraram-se a seu chamado empreendedor levadas seguidas de portugueses, espanhóis, franceses e holandeses.

Aliás, o que despertou o ímpeto exploratório foi a ambição pela rota marítima pelas riquezas das Índias, portanto mesmo que a descoberta não tenha sido um mero incidente de percurso foi natural que:

[...] O fluxo voluntário de migrantes em busca da riqueza é paralelo ao fluxo das autoridades e de todos aqueles que vieram para extrair riqueza e voltar²¹.

Muitos, porém, se estabeleceram por vontade própria²². Observe-se que nos 300 primeiros anos desenvolveu-se no Brasil uma economia predominantemente baseada

[...] sobre a condição de trabalho livre, isto é, trabalhador que é proprietário de seus próprios meios de produção. Essa era a condição largamente dominante, em termos numéricos, da força de trabalho no Brasil Colonial²³.

Registre-se, conforme anota Jorge Caldeira que esta nova economia²⁴ não é apenas fruto do trabalho escravo ou dos europeus que aqui aportaram, pois “[...] a ideia de empreender estava escrita na cultura dos nativos que aqui estavam”²⁵.

Aliás, de um modo geral Jorge Caldeira revisita a história do Brasil para esclarecer a origem de uma economia que a história anterior sonhou elementos importantes de sua formação atribuindo equivocadamente que a base do sistema seria o trabalho escravo²⁶, mediante a submissão do índio e do negro africano, desconsiderando o fato de que o Brasil já “[...] era uma população livre gerada por miscigenação, com maioria de pessoas de origens étnicas plurais”²⁷, na segunda metade do século XVIII “[...] quando se começaram a fazer censos na Colônia”²⁸.

Assenta, com relação ao nativo, que o modo de pensar e de agir destes foi erroneamente interpretado ao lhe atribuir a malemolência, quando, por outro modo:

[...] a chegada de europeus permitiu uma forma de empreendimento com molde próprio: além de bens materiais, da troca de fluídos entre corpos, o convívio significava também o crescimento espiritual, gerava a absorção de novas identidades, novas perspectivas para ver o mundo – e essa era a forma por excelência do empreendimento vital para esses povos²⁹.

Em três séculos de insípida circulação de moedas “[...] alienavam objetos na troca tendo em vista não a utilidade deles, mas a acumulação de riqueza”³⁰, cujo modelo Jorge Caldeira³¹ define como:

[...] um arranjo específico gerado no Brasil, no início do século XVII, podia ser mais produtivo para o capital que as fórmulas europeias do final do século XVIII

Com base no resgate, isto é, a:

[...] troca entre povos com modos de produção diferente é uma troca que cria história: impõe o valor de troca na vida social daqueles que o desconhecem, mudando sua sociedade como um todo e introjetando a necessidade de produção de excedentes para a troca³².

21 CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 170.

22 CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 169.

23 CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 167.

24 “O sentido vital daquilo que, no Ocidente, se entende por empreender – isto é, o de realizar uma jornada que leva a um significado mais amplo para a vida – não necessariamente implica movimento físico para ser realizado nos moldes de cultura tupi-guarani”.

CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p.173.

25 CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 171.

26 CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 177.

27 CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 233.

28 CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 230.

29 CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 174.

30 CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 188.

31 CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 193.

32 CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 204.

Portanto, Jorge Caldeira alerta que “mas não se pode confundir existência e relevância da produção escravista com inexistência de relevância no papel e na produção da ampla maioria de homens livres que formavam a população colonial brasileira”³³, pois em uma “[...] realidade em que alguns escravos e ex-escravos tinham escravos — e nove décimos dos homens livres não tinham —, não há sentido em pensar de modo apenas estamental ou, pior, não há necessidade de imaginar a propriedade de escravos como “único nexos moral” da sociedade colonial”³⁴.

Nesses três séculos, surge uma grande indagação acerca da presença do Estado na vida social da colônia, ou melhor, reformulando: da sociedade brasileira apesar do Estado português. Consoante Jorge Caldeira³⁵, “para avançar no conhecimento da sociedade colonial brasileira, é preciso entender como uma população analfabeta, mestiça, ignorada pelo poder público, fora dos planos da colonização e tratada com o desprezo conseguiu fazer funcionar um mercado”.

Dois atrasos foram monumentais: o primeiro, somente no Séc. XX foram criadas as primeiras universidades no Brasil³⁶, embora no Séc. XIX com a vinda da família real foi implantada a primeira faculdade³⁷, quando na América espanhola a primeira é datada em 1536; o segundo atraso, refere-se a instalação da imprensa³⁸ a qual ocorreu somente em 1808, segundo Bahia³⁹, com os jornais *Gazeta do Rio de Janeiro* e *Correio Brasiliense*. O governo português proibia que na Colônia fossem impressos jornais e livros.

Ainda assim, prospecta Jorge Caldeira⁴⁰ que

[...] na virada do século XIX, a economia brasileira era, muito possivelmente, a maior das Américas — de qualquer forma, de tamanho comparável àquela dos Estados Unidos.

A atividade social colonial brasileira revela-se, assim, como um agrupamento humano qualificado por uma finalidade ou valor social, portanto, uma sociedade de acordo com o conceito de Dalmo de Abreu Dallari⁴¹ na qual apresenta manifestações de conjunto ordenadas e um poder social, sendo precedente ao Estado⁴² brasileiro, instituição que se caracteriza por uma ordem social e jurídica⁴³ com a finalidade primordial de estruturar os meios para obtenção das necessidades do homem.

O Brasil colonial vivenciou movimentos libertários enquanto estava sob o jugo de um Estado absolutista em Portugal.

E, para esse estudo, importa fazer um corte para estabelecer a evolução da sociedade politicamente organizada apenas a partir do Estado liberal, pois Faíse dos Santos Pereira e Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson⁴⁴ observam que “antes do estabelecimento do Estado Liberal o cidadão só podia exigir o cumprimento

33 CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 240.

34 CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 271.

35 CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 310.

36 Universidade de Manaus criada em 1913, e Universidade do Paraná, em 1918.

37 “No caso brasileiro, ao longo de três séculos o governo metropolitano recusou todos os pedidos para a instalação de simples faculdades — mesmo com a promessa de financiamento local” — “[...] Todos os que se aventuraram a tentar foram presos, e os artefatos, destruídos. Apenas para comparar, até as reduções jesuítas do Paraguai tinham gráficas próprias que imprimiam bíblias em Guarani”, segundo registra: CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 308.

38 Recorde-se que, na Europa, desde 1439, com a invenção da prensa de Johannes Gutenberg com tipos móveis de chumbo fundido e, portanto, reutilizáveis, passou-se a se imprimir livros com muito maior economia, rapidez e versatilidade com relação aos métodos anteriores.

39 BAHIA, Juez. *Jornal, história e técnica: história da imprensa brasileira*. 5. ed. São Paulo: Mauad, 2009. v. 1.

40 CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 322-323.

41 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 31.

42 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 60, assevera que para uma ampla maioria de autores “a sociedade humana existiu sem o Estado durante um certo período não houvesse concomitância na formação do Estado em diferentes lugares, uma vez que este foi aparecendo de acordo com as condições concretas de cada lugar”.

43 CRUZ, Paulo Márcio. *Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo*. Florianópolis: Diploma Legal, 2001. p. 74, registra que “o Estado é a mais recente forma de organização política, que hoje tornou-se universal. Nascido na Europa, na transição entre o feudalismo e a idade moderna, no século XVI, instaurando-se como forma de organização da Sociedade [...]”.

44 PEREIRA, Faíse dos Santos; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. A constitucionalização do direito à saúde e sua con-

das relações pactuadas entre particulares, mas não lhe cabia cobrar a atividade do Estado”, e como o tema trata por vias transversas da justiciabilidade, ou seja, a possibilidade da exigibilidade dos direitos fundamentais sociais, portanto, o marco teórico decorre daquele.

A compreensão da formação da sociedade brasileira é fundamental para se entender a força legitimadora dos poderes-deveres conferidos ao Poder Judiciário para interferir nas políticas públicas sociais. Portanto, na próxima sessão desse artigo, buscar-se-á examinar o fenômeno da judicialização como uma expressão da igualdade material para consecução dos objetivos do Estado.

4. O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO MANIFESTAÇÃO ATIVA DO PODER JUDICIÁRIO NO CUMPRIMENTO DA PROMESSA DO ESTADO CONSTITUCIONAL

A evolução histórica do Estado, principalmente a partir do modelo liberal, é fundamental para uma abordagem das tensões do Estado Contemporâneo, pois é no âmbito do liberalismo que “os direitos sociais são condições da liberdade”⁴⁵.

É a partir do Estado liberal que se proclamam os direitos fundamentais do homem; a partir das revoluções americana e francesa, com a ascensão da burguesia e a limitação da interferência do Estado na economia – a qual ficou conhecida como primeira fase do Estado liberal.

Não obstante, a insatisfação especialmente da classe trabalhadora explorada pelo poder econômico, apesar da consagração dos direitos fundamentais, exige um novo paradigma de Estado. É a segunda fase do Estado liberal na qual se mantém os direitos conquistados na primeira fase e, segundo Faíse dos Santos Pereira e Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson,

[...] tem-se um aumento dos movimentos reivindicatórios pela classe menos favorecida e assim surgem os Direitos Sociais e Econômicos, porém colocados em um patamar abaixo da Constituição⁴⁶.

Faíse dos Santos Pereira e Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson⁴⁷ consignam que:

É certo que com a consagração dos direitos fundamentais no Estado Liberal, a sociedade ganhara direitos imprescindíveis a sua existência. Todavia, com a evolução da sociedade, das relações entre particulares e a consciência humana, **percebeu-se que esses direitos não eram suficientes para uma convivência digna e em sociedade e nem atendiam as peculiaridades humanas.**

Com o fim da Primeira Guerra Mundial, urge a reformulação do modelo de Estado, dando-se a transição do Estado liberal para o Estado Social⁴⁸, o qual

cretização via aplicação da norma constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20. v. 81, p. 106-143, out./dez. 2012. p. 109.

45 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. (Título original: *Létá di Diritti*). p. 100, observa: “E esse era o direito de liberdade num dos dois sentidos principais do termo, ou seja, como autodeterminação, como autonomia, como capacidade de legislar para si mesmo, como antítese de toda forma de poder paterno e patriarcal, que caracteriza os governos despóticos tradicionais.”

46 PEREIRA, Faíse dos Santos; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. A constitucionalização do direito à saúde e sua concretização via aplicação da norma constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20. v. 81, p. 106-143, out./dez. 2012. p. 110.

47 PEREIRA, Faíse dos Santos; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. A constitucionalização do direito à saúde e sua concretização via aplicação da norma constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20. v. 81, p. 106-143, out./dez. 2012. p. 112. (grifo nosso).

48 “Nasceram, no Estado Social, as ideais basilares para a criação dos direitos sociais, aqueles enquadrados nos direitos de segunda dimensão, que se situam no plano do *ser*, direitos de cunho econômico e social”, de acordo com: PEREIRA, Faíse dos Santos; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. A constitucionalização do direito à saúde e sua concretização via aplicação da norma constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20. v. 81, p. 106-143, out./dez. 2012. p. 111.

[...] preocupa-se com a liberdade material [...] o atendimento das promessas para a concretização do que fora prometido no Estado Liberal, o acesso a bens e serviços disponíveis na sociedade.⁴⁹

A mera proclamação no texto constitucional, segundo Cláudio Pereira de Souza Neto⁵⁰, “[...] converte-se em letra morta se não se atribuem aos cidadãos condições efetivas [...]” – “[...] ao concretizar direitos sociais, o Judiciário está promovendo a liberdade individual, garantindo as condições materiais para sua manifestação concreta” e, em consequência, conclui: “A atuação judiciária no campo social não é, portanto, incompatível com o liberalismo. Ao contrário, encontra no pensamento liberal alguns de seus principais argumentos de justificação”.

Aduzem Faíse dos Santos Pereira e Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson⁵¹ que — historicamente — o Estado Liberal emerge em face da necessidade de proteger o indivíduo contra o Estado “[...] após a Revolução Francesa, no fim do século XVIII alterando o quadro político, econômico e social do mundo, trazendo consigo ideias e princípios individualistas, apresentando-se como uma arma contra o absolutismo [...]”.

A importância de caracterizar a atuação do Poder Judiciário na concretização destas promessas de transformações garantidas pela pós-modernidade é analisada por Willis Santiago Guerra Filho⁵² quanto ao seu desempenho como instrumento estatal, aduzindo que:

Nossa compreensão do quanto o Estado Democrático de Direito depende de procedimentos, não só legislativos e eleitorais, mas especialmente aqueles judiciais, para que se dê sua realização, aumenta na medida em que precisamos melhor o conteúdo dessa fórmula política. Historicamente, poder-se-ia localizar o surgimento nas sociedades europeias recém-saídas da catástrofe da II Guerra, que representou a falência tanto do modelo liberal de Estado de Direito, como também das fórmulas políticas autoritárias que se apresentaram como alternativa. Se em um primeiro momento observou-se um prestígio de um modelo social e, mesmo, socialista de Estado, **a fórmula do Estado Democrático se firma a partir de uma revalorização dos clássicos direitos individuais de liberdade, que se entende não poderem jamais ser demasiadamente sacrificados, em nome da realização de direitos sociais.** O Estado Democrático de Direito, então, representa uma forma de superação dialética da antítese entre os modelos liberal e social ou socialista de Estado.

Recorde-se, para diferenciar entre o Estado de ontem e o amanhã, que Niccolò Machiavelli⁵³ já observava no Séc. XVI que a atitude do governante com relação à palavra dada e a fé aos seus compromissos aconselhando-o que é bom que o príncipe a cumpra, mas não se isso lhe for prejudicial, ressaltando que “jamais faltaram motivos legítimos para dissimular o descumprimento da promessa”.

O ideal do Estado democrático de direito é justamente o cumprimento de sua missão de paz social e de desenvolvimento humano. Luís Roberto Barroso⁵⁴ busca conectar Estado de direito como democracia, observando que:

A ideia de Estado democrático de direito, consagrada no art. 1º da Constituição brasileira, é a síntese histórica de dois conceitos que são próximos, mas não se confundem: os de constitucionalismo e de democracia. **Constitucionalismo significa, em essência, limitação poder e supremacia da lei** (Estado de direito, *rule of law*, *Rechtsstaat*). **Democracia, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria.**

49 PEREIRA, Faíse dos Santos; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. A constitucionalização do direito à saúde e sua concretização via aplicação da norma constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20. v. 81, p. 106-143, out./dez. 2012. p. 113.

50 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 521-522.

51 PEREIRA, Faíse dos Santos; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. A constitucionalização do direito à saúde e sua concretização via aplicação da norma constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20. v. 81, p. 106-143, out./dez. 2012. p. 107.

52 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: SRS, 2009. p. 23. (grifo nosso).

53 MACHIAVELLI, Niccolò. *O príncipe*. Tradução de Lívio Xavier. 31. ed. São Paulo: Ediouro, 1999. Título original: *Il príncipe*. (Clássicos de Bolso). p. 100.

54 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 88-89. (grifo meu).

Na sequência, registra:

Entre constitucionalismo e democracia podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da maioria de pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição. Em princípio, **cabe à jurisdição constitucional efetuar esse controle e garantir que a deliberação majoritária observe o procedimento prescrito e não vulnere os consensos mínimos estabelecidos na Constituição.**

Por outro lado, é na jurisdição constitucional, com os seus instrumentos, que incumbe o embate para efetivação dos direitos fundamentais especialmente aqueles positivados no texto constitucional. José Afonso da Silva⁵⁵ adverte que “[...] as normas constitucionais que enunciam os direitos individuais são de aplicabilidade imediata e direta” e ressalta sua extensão aos direitos econômicos, sociais e culturais a partir da positivação constitucional:

Sua eficácia não depende da intermediação do legislador, desde que, no curso do séc. XIX, (como denota Biscatti di Ruffia) a enunciação desses direitos sofreu dupla transformação: passou para o texto das Constituições, imprimindo às suas fórmulas, até então abstratas, o caráter concreto de normas jurídicas positivas, válidas para os indivíduos dos respectivos Estados (dita subjetivação), e, não raro, integrou-se também de outras normas destinadas a atuar uma completa e pormenorizada regulamentação jurídico-constitucional de seus pontos mais delicados, de modo a não requerer ulteriormente, a tal propósito, a intervenção do legislador ordinário (ou seja, sua positivação). **Esse fenômeno de subjetivação e de positivação começa a concretizar-se também em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, pois a ordem econômica e social adquire dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-las, sistematicamente, como elementos sócio ideológicos que revelam o caráter de compromisso das constituições contemporâneas entre o Estado Liberal individualista, o Estado Social intervencionista e, mais recentemente, como é o nosso caso, o Estado Democrático de Direito**⁵⁶.

Para compreender o efeito da democracia, segundo Cláudio Pereira de Souza Neto⁵⁷, esta “[...] incrementa a racionalidade das decisões públicas” e “[...] obriga governantes a se justificarem publicamente”. Nessa ótica, defende ao Poder Judiciário a prerrogativa de atuação no campo dos direitos sociais:

A atribuição de competências sociais ao Judiciário não se justifica, portanto, por sua maior capacidade institucional de tomar decisões racionais. Contudo, a crítica de que a atuação judiciária no campo dos direitos sociais é antidemocrática **desconsidera que o Judiciário pode exercer importante papel na garantia das condições para que a deliberação pública se instaure adequadamente.** Tais condições envolvem as liberdades básicas, mas também **os direitos sociais fundamentais.** [...] **ao garanti-los, o Judiciário capacita o cidadão para uma participação pública efetiva** e, com isso, qualifica o debate público⁵⁸.

A participação do cidadão dá-se incondicionalmente por intermédio do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, sustentando Maria Cristiane L. Costa Lau⁵⁹ que “[...] é um princípio tão importante que se pode dizer é um dos garantidores de qualquer Estado Democrático de Direito”.

A possibilidade de intervenção do Poder Judiciário decorre, desta forma, de uma cláusula constitucional de natureza de direito fundamental e de garantia – o princípio do direito de ação –, permeando o direito constitucional brasileiro desde a Constituição de 1946, consoante esclarece Ada Pellegrini Grinover⁶⁰:

55 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 140.

56 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 140.

57 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 523.

58 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 523. (grifo nosso).

59 LAU, Maria Cristiane L. Costa. Princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional. *Anuário de Produção Científica de Iniciação Científica Discente*, v. 12, n. 15, p. 301-309, 2009. p. 303.

60 GRINOVER, Ada Pellegrini. *A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela*. p. 13.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional foi assim se afirmando em todos os Estados modernos, indicando ao mesmo tempo o monopólio estatal na distribuição da justiça (*ex parte principis*) e o amplo acesso de todos à referida justiça (*ex parte populi*). A Constituição brasileira de 1946 consagrou o princípio, que hoje vem expresso pelo art. 5º, inc. XXXV da CF: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Ainda, verifica-se na lição de Ada Pellegrini Grinover que “[...] o acesso aos tribunais não se esgota com o poder de movimentar a jurisdição (direito de ação, com o correspondente direito de defesa)”, para enfatizar que o processo deve também

[...] se desenvolver de uma determinada maneira que assegure às partes o direito a uma solução justa de seus conflitos, que só pode ser obtida por sua plena participação [...]”⁶¹.

A participação é assegurada — no processo judicial — como instrumento de correção da política pública para guardar a constituição, mediante a judicialização das relações sociais, na defesa dos direitos fundamentais tanto ao indivíduo, quanto coletivamente, entendendo-se este como gênero para os direitos difusos e coletivos⁶².

5. CONCLUSÃO

A percepção da realidade atual do Estado constitucional deve ser construída a partir da percepção do mundo ocidental. E, sendo as circunstâncias locais diversas e peculiares daquelas que ensejaram a origem do Estado em seu berço europeu — especialmente — impõe-se convergir a experiência daquela com a cultura da sociedade do Brasil colonial para compreender as nuances da formação e da evolução do Estado brasileiro.

A proclamação dos direitos fundamentais do homem rompeu com o absolutismo e inaugurou um período de transformações, porém o Estado liberal não correspondeu com o anseio da classe trabalhadora, por lhe impingir um processo de exploração e marginalização social.

Aqui, uma colônia ultramarina de Portugal, proibida de instalar universidades e de imprimir periódicos, sem uma moeda circulante para comerciar, criavam-se os próprios meios para operacionalizar as trocas e fazer a roda da economia girar, movendo a sociedade colonial.

Basicamente, uma imensa população de pessoas livres promove os escambos e a construção de um país, onde o escravo é uma fração desta população, sendo que a produção dos engenhos de cana-de-açúcar é dirigida para a exportação. Inegavelmente, o Brasil é feito por brasileiros analfabetos, porém empreendedores.

Na Europa, a primeira guerra mundial impõe uma dura realidade. O Estado passa a buscar a concretização dos direitos sociais, mediante a assunção de uma função social.

O indivíduo protegido em suas liberdades em face do Estado busca assegurar as condições materiais condignas por meio de prestações do Estado Social.

O Estado Social não corresponde com o seu fim proposto. As constituições passam a proclamar os direitos fundamentais. Promessas exigem um novo modelo de Estado. O Estado de direito revela-se incapaz de superar a igualdade formal. A democracia passa a impor a necessidade de assegurar a igualdade material.

A partir deste ponto, a pesquisa passa a investigar a atuação do Poder Judiciário. É no Estado Contemporâneo com a necessidade de efetivar as promessas constitucionais e resgatar a natureza histórica dos direitos que o papel da intervenção do Poder Judiciário passa a examinar questões de natureza social.

61 GRINOVER, Ada Pellegrini. *A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela*. p. 14.

62 LAU, Maria Cristiane L. Costa. Princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional. *Anuário de Produção Científica de Iniciação Científica Discente*, v. 12, n. 15, p. 301-309, 2009. p. 306.

Com a proclamação pelo STF da justiciabilidade dos direitos sociais, legitima-se a intervenção do Poder Judiciário e o processo se instrumentaliza como mecanismo para garantir a proteção suficiente dos direitos fundamentais sociais.

A judicialização dos direitos sociais expande para o âmbito do Poder Judiciário a fronteira da correção das políticas públicas. O ativismo judicial passa a definir um novo espaço de atuação do juiz no processo de transformação social, não como um poder, porém um dever em face do direito fundamental da inafastabilidade do controle jurisdicional.

REFERÊNCIAS

- BAHIA, Juarez. *Jornal, história e técnica: história da imprensa brasileira*. 5. ed. São Paulo: Mauad, 2009. v. 1.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BÍBLIA. Português. *Bíblia online: velho e novo testamento*. Disponível em: <<http://www.bibliaonline.com.br/acf>>. Acesso em: 14 fev. 2014.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. (Título original: *Létá di Diritti*).
- BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 jun. 2014.
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CRUZ, Paulo Márcio. *Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo*. Florianópolis: Diploma Legal, 2001.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (Coleção Estado e Constituição).
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: SRS, 2009.
- LAU, Maria Cristiane L. Costa. Princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional. *Anuário de Produção Científica de Iniciação Científica Discente*, v. 12, n. 15, p. 301-309, 2009.
- MACHIAVELLI, Niccolò. *O príncipe*. Tradução de Lívio Xavier. 31. ed. São Paulo: Ediouro, 1999. Título original: *Il principe*. (Clássicos de Bolso).
- MELLO FILHO, José Celso de. *Discurso proferido, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil*. 23 abr. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_de_Posse_do_Min._Gilmar_Mendes_na_Presidencia.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2014.

MELLO FILHO, José Celso de. *Discurso proferido, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Carlos Ayres de Brito, na Presidência da Suprema Corte do Brasil*. 19 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2014.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. Prefácio. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 12. ed. São Paulo: Conceito, 2011.

PEREIRA, Faíse dos Santos; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. A constitucionalização do direito à saúde e sua concretização via aplicação da norma constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20. v. 81, p. 106-143, out./dez. 2012.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2007. v. 1.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.