

# OS PROBLEMAS ENFRENTADOS PELA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS

## THE PROBLEMS FACING THE POLICIES OF PUBLIC SOCIAL JUDICIALIZATION

Daniela Regina Riboli\*  
Rogério Gesta Leal\*\*

### RESUMO

O presente artigo tem por objetivo estudar os problemas enfrentados pela judicialização de políticas públicas sociais. Para tanto, busca analisar de forma breve a evolução histórica dos direitos fundamentais e das declarações de direitos humanos, bem como o processo de positivação dos direitos humanos na Constituição Federal de 1988, analisa também as concepções de direitos fundamentais sociais. Ainda, apresenta definições de políticas públicas, e a distinção entre judicialização e ativismo judicial para finalizar observando quais são os problemas que podem ser encontrados ao judicializar as políticas públicas. O método utilizado no presente trabalho é o dedutivo e o procedimento de pesquisa adotado é o bibliográfico, sendo a pesquisa teórica.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais sociais. Políticas públicas. Judicialização.

### ABSTRACT

*This article aims to study the problems faced by the legalization of public social policies. Therefore, it seeks to analyze briefly the historical evolution of fundamental rights and human rights declarations, as well as the process of positivization human rights in the Federal Constitution of 1988 also analyzes the concepts of fundamental social rights. It also presents definitions of public policy, and the distinction between judicialization and judicial activism to finish watching what are the problems that may be encountered when judicialize public policies. The method used in this work is the deductive and the search procedure adopted is the bibliography, and theoretical research.*

**Keywords:** Fundamental social rights. Public policy. Judicialization.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem a pretensão de evidenciar algumas considerações sobre os problemas enfrentados pela judicialização de políticas públicas sociais. Para isso, o ponto de partida do presente estudo é a análise da evolução histórica dos direitos fundamentais, por meio do qual se buscará esclarecer a importância das Declarações de Direitos Humanos no processo de positivação desses direitos fundamentais bem como as concepções de direitos sociais.

\* Mestranda em Direitos Fundamentais Sociais pela UNOESC – Universidade do Oeste de Santa Catarina. Especialização em Direito Civil e Processo Civil pela UNOESC. Advogada; daniriboli@hotmail.com.

\*\* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito. Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC. Professor da UNOESC. Coordenador Nacional da Rede dos Observatórios do Direito à Verdade, Memória e Justiça, da Secretaria dos Direitos Humanos da Presidência da República. Email: gestaleal@gmail.com.

Para encontrar a resposta ao questionamento objeto do presente artigo analisar-se-á a definição de políticas públicas, para que com a conceituação seja possível verificar o que realmente é política pública, qual a sua função e objetivo. Também, é necessário distinguir o fenômeno do ativismo judicial da judicialização, ao passo que possuem diferenças essenciais para evidenciar a problematização de judicializar as políticas públicas. Assim, pesquisar-se-á a concepção de ativismo judicial e a de judicialização, buscando evidenciar os pontos de contato e as diferenças encontradas nestes dois fenômenos da sociedade.

Neste sentido analisar-se-á quais são alguns dos problemas encontrados ao judicializar as políticas públicas, ao passo que é uma questão muito discutida e controvertida, posto que trata de interferências nas competências dos três poderes.

## **2 FUNDAMENTOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Como ponto de partida do presente estudo será analisado brevemente a evolução histórica dos direitos fundamentais e a positivação dos direitos que constam em Declarações de Direitos Humanos. Também, será estudada a concepção de direitos sociais e sua classificação em direitos fundamentais.

É importante compreender que diversas revoluções foram marcos histórico para que houvesse uma real proteção e positivação dos direitos fundamentais, a sociedade vivia em momentos de muitos conflitos e a declaração de direitos do homem foi uma forma de esperança aos cidadãos em busca de uma vida melhor.

Um exemplo de marco histórico importante foi a Revolução Francesa, pois em meio a esta revolução foi criada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão no ano de 1789. Um momento que demarcou o início de uma nova época, constituindo-se em uma grande mudança e de muito entusiasmo, pois, o povo via a possibilidade de decidir sobre o seu destino. Nesta declaração havia uma finalidade especificamente política de garantir a liberdade e a igualdade diante da lei, garantindo dessa forma os direitos naturais. (BOBBIO, 1992, p. 86-87).

A sociedade viu na Revolução Francesa uma possibilidade de decidir sobre o seu destino, onde os direitos individuais foram solidificando-se cada vez mais, graças à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão onde estavam garantidos os direitos naturais.

Estes direitos naturais começaram a ser garantidos nas declarações de direitos humanos e assim foi aumentando a força que estes direitos possuíam, mas ainda não tinham a proteção esperada, pois, não estavam positivados nas constituições.

Os direitos garantidos nas declarações inicialmente constavam apenas em documentos dos povos, em particular, posteriormente começaram a fazer parte das Constituições dos países, passando também a integrar o preâmbulo dessas Constituições, dando uma

relevância maior a estes direitos, pois passaram a fazer parte das normas que estão positivadas em Constituições. (SILVA, 2011, p. 175).

Assim, quando os direitos naturais passaram a fazer parte das constituições dos países, a força destes direitos aumentou, uma vez que houve a possibilidade de exigí-los.

Assim, em consequência dessas declarações de Direitos, as Constituições de determinados países passaram a conter no rol dos direitos assegurados esses direitos do homem. Em algumas das constituições estes direitos estavam garantidos no preâmbulo, o coração de uma Constituição, uma vez que lá estão assegurados os direitos que irão nortear a carta constitucional. Esta positivação dos direitos humanos nas constituições resulta nos direitos fundamentais quais sejam os direitos inatos do ser humano que estão positivados na lei maior de um país.

Na Declaração Universal de Direitos do Homem está depositada a confiança das minorias para a garantia de igualdade, onde não haja nenhuma distinção em razão de sexo, religião e raça, sendo que todos sejam respeitados garantindo a dignidade humana. Ocorre que se os países não efetivarem e criarem meios de cumprir o que está escrito nas cartas e declarações esses direitos serão meramente esperanças. (BONAVIDES, 2012, p. 593). Ressalta-se que uma parcela da doutrina entende que essa Declaração foi o marco inicial do reconhecimento dos direitos fundamentais.

Por outro lado, existe uma confusão quando se fala nas nomenclaturas ou terminologias utilizadas para expressar os direitos fundamentais e os direitos humanos, Sarlet (2010) explica que direitos fundamentais seriam os direitos do homem que estão positivados na Constituição de um Estado, já os direitos humanos seriam os direitos do ser humano, mas em uma esfera de positivação internacional como as Cartas e Declarações, destinadas a todos os povos em todos os tempos. (SARLET, 2010, p. 29).

De outra banda, a distinção feita por Canotilho referente às expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” é no sentido de que os direitos do homem são os direitos de todas as pessoas, um direito natural, resguardado em todos os tempos. Já os direitos fundamentais são esses direitos de todas as pessoas restringidos em um espaço de tempo. (CANOTILHO, 2003, p. 393). Canotilho explica a diferenciação que adota entre direitos do homem e direitos fundamentais, onde os direitos do homem são os direitos naturais, e os direitos fundamentais são estes direitos naturais positivados.

## 2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Os direitos fundamentais estão garantidos na Constituição Brasileira de 1988, denominada “constituição cidadã”. De tal modo, estudar-se-á esta proteção aos direitos fundamentais na Constituição Brasileira. No preâmbulo, pode-se observar a instituição de um Estado Democrático de Direito que tem como fundamento a busca pela garantia de liberdades

individuais e sociais, sendo estes alguns dos valores mais importantes. (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988).

A organização estrutural dos direitos fundamentais na Constituição se dá em um título e em capítulos deste título, sendo que o título II expressa: “dos direitos e garantias fundamentais”. Na sequência, iniciam-se os capítulos, sendo o capítulo I “dos direitos e deveres individuais e coletivos”, o capítulo II é “dos direitos sociais”, no capítulo III expressa “da nacionalidade”, no capítulo IV explana “dos deveres políticos” e por fim no capítulo V estão elencados “dos partidos políticos”. (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988).

## 2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Os direitos sociais estão assegurados na Constituição Federal de 1988, no Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, no capítulo II “Dos Direitos Sociais”, em três artigos 6º, 7º e 8º e seus incisos e parágrafos. No artigo 6º, prevê a garantia do direito a educação, saúde, alimentação, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e a assistência social aos desamparados. No artigo 7º, estão assegurados os direitos do trabalhador, para a garantia de um trabalho digno. O artigo 8º possibilita a associação profissional ou sindical.

Os direitos sociais estão dentro do capítulo dos direitos fundamentais, conforme mencionado anteriormente, o que lhes atribui o caráter de um direito fundamental. Os direitos sociais dominaram o século XX, sendo juntamente com os direitos culturais e econômicos os direitos de segunda geração. Estes direitos nasceram junto com o princípio da igualdade, sendo este a razão de ser dos direitos de segunda geração, onde também estão incluídos os direitos coletivos. (BONAVIDES, 2012, p. 582).

Assim, os direitos sociais surgiram juntamente com o princípio da igualdade, que traziam juntamente os direitos coletivos e tinham um caráter ideológico. Estes direitos inicialmente estiveram vinculados a idealismos visto que foram proclamados pelas Declarações. Primeiramente, a normatividade foi pequena, posto que fosse duvidosa a eficácia destes direitos por que a sua natureza exige uma prestação material do Estado.

Como não existia um instrumento processual para proteger os direitos sociais assim como havia quanto aos direitos da liberdade, estes direitos passaram por uma fase questionada. Mas após esta crise dos direitos sociais, as Constituições começaram a incluí-los com aplicabilidade imediata conforme os direitos de liberdade. (BONAVIDES, 2012, p. 582).

Nesse diapasão, até chegar à fase da aplicabilidade imediata, os direitos fundamentais sociais passaram por um longo processo de ajustes, uma vez que no seu início eram desacreditados pelo fato de ser necessária uma prestação do Estado e pela falta de mecanismos de aplicabilidade e proteção.

Bonavides explica que os direitos sociais fizeram com que surgisse uma consciência de proteção quanto à instituição, onde era valorizado não apenas o indivíduo identificado, mas sim o indivíduo em abstrato sem identificação específica. (BONAVIDES, 2012, p. 583). Em decorrência disso começa a mudar a ideia de proteção, passa da proteção pessoal, para a necessidade de proteger as instituições, a sociedade sem especificar o indivíduo.

Por outro lado, para se conquistar uma “sociedade livre, justa e solidária” é necessário concretizar os direitos sociais, ao passo que a busca pela redução das desigualdades também se concretiza através de direitos sociais, tanto que são objetivos do Estado Brasileiro. (BONAVIDES, 2012, p. 680). A busca pela proteção da sociedade trás a tona alguns direitos considerados indispensáveis para o Estado Democrático Brasileiro, que deve ser uma sociedade livre, justa e solidária, para que com isso seja efetivada a diminuição de desigualdades.

Tendo em vista a grande importância dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro, Bonavides entende que estes direitos receberam uma garantia mais elevada, da mesma forma que a concedida às garantias individuais. Entendendo que não há diferença de valor entre os direitos individuais para com os sociais. (BONAVIDES, 2012, p. 680). Essa força normativa apresentada por Bonavides é observada quanto à inclusão dos direitos sociais nas cláusulas pétreas da Constituição Federal, tendo assim a mesma proteção dos direitos de liberdades, onde não podem ser feitas emendas que tentem suprimir estes direitos. (BONAVIDES, 2012, p. 680).

Desse modo houve uma valorização dos direitos sociais como decorrência de terem sido elevados a direitos fundamentais, o que lhes assegurou a valoração como cláusulas pétreas, reduzindo a possibilidade de serem alterados. Na Constituição Brasileira houve uma grande valoração quanto os direitos sociais, pois estes passaram a fazer parte do rol dos direitos fundamentais, onde as organizações sindicais tiveram influências para a redemocratização do país. (LEDUR, 2009, p. 77).

Nesse contexto, considerar os direitos sociais como direitos fundamentais trás a estes direitos uma carga de valorização, uma vez que vem junto o peso de ser cláusula pétrea, e de servir para nortear a Constituição. Além dos direitos sociais serem considerados direitos fundamentais, é importante observar que estes trazem consigo uma grande proteção aos direitos da sociedade, como um todo.

Na concepção de Sarlet, os direitos sociais são considerados direitos fundamentais, ao passo que se dividem em: direitos a prestação em sentido amplo e os direitos a prestação em sentido estrito. Nos direitos fundamentais sociais a prestação em sentido amplo resguarda a participação da sociedade na organização dos direitos. Já nos direitos fundamentais sociais, na prestação em sentido estrito, está os direitos que necessitam de uma prestação material do Estado, como contrapartida. (SARLET, 2010, p. 260).

Na teoria de Sarlet, os direitos fundamentais sociais em sentido estrito dependem de uma contrapartida do Estado, de uma prestação material. Por outro lado, em sentido

amplo, tratam da participação da sociedade na discussão da organização dos direitos e nos procedimentos.

Nesse mesmo ínterim, Bonavides entende que o *status* positivo significa as prestações que o indivíduo recebe do Estado através das exigências, onde são valorados os pedidos dos seres humanos feitos ao poder público, garantindo os direitos fundamentais com o princípio da participação da vontade da população nas decisões do Estado. (BONAVIDES, 2012, p. 685).

Dessa forma, para realizá-los é necessário prestações do Estado, as quais nada mais são do que desejos e pedidos da sociedade, de sorte que Bonavides entende pelo *status* positivo as prestações recebidas pelo indivíduo do Estado. Neste sentido, os direitos fundamentais sociais foram resultados das lutas da sociedade, na maior parte delas, buscava-se uma maior participação da sociedade na concretização dos direitos sociais através de ações governamentais. (LEDUR, 2009, p. 78).

Na mesma linha do *status* positivo, vem o autor com a ideia de que para a concretização dos direitos sociais eram necessárias ações do Estado, com a participação da sociedade na escolha dessas ações. Quanto aos direitos coletivos, Canotilho explica que não são os direitos humanos de um cidadão de carne e osso, mas são os direitos de cidadãos não identificados individualmente. (CANOTILHO, 2003, p. 421).

No sentido de participação da sociedade e prestações do Estado, observa-se que não é o ser humano individualmente considerado, mas sim o indivíduo genericamente, como coletividade.

Os direitos fundamentais sociais são de todas as pessoas que fazem parte da comunidade, não sendo de um grupo específico, mas de todos. Em consequência disso, é importante ressaltar que mesmo sendo de todos, as ações governamentais não necessariamente precisam agraciar a todos em quantidades iguais. (LEDUR, 2009, p. 82).

Os direitos fundamentais sociais não beneficiam a apenas algumas pessoas da comunidade, mas visam reduzir as desigualdades entre grupos sociais, não sendo obrigatório dar o mesmo peso a todos os grupos, pois objetiva reduzir as desigualdades entre os mesmos e equilibrar as relações.

Canotilho ainda discorre a respeito dos direitos sociais reconhecendo-os como direitos originários a prestações, uma vez que, ao mesmo tempo em que se reconhece os direitos se assume a garantia em contrapartida de projetos que deem a base material para estes direitos com exigibilidade imediata. (CANOTILHO, 2003, p. 477). No que se refere aos direitos sociais prestacionais, os mesmos garantem direitos à sociedade, mas para a sua aplicabilidade efetiva são necessárias ações concretas, as denominadas prestações do Estado.

A partir disso, a garantia do direito fundamental social objetiva contemplar o princípio da dignidade humana onde as pessoas tenham uma vida digna, em uma sociedade mais livre e solidária. (LEDUR, 2009, p. 83). Os direitos fundamentais sociais, considerados

assim, visam proteger os cidadãos lhes assegurando uma vida digna com uma sociedade melhor, com as desigualdades reduzidas.

### 3 CONCEITUAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Foi de extrema importância para a presente pesquisa compreender inicialmente o que são os direitos fundamentais sociais para passar a análise do que são políticas públicas e quais são suas finalidades e objetivos, para assim compreender como o Poder Judiciário interfere nas mesmas.

Os direitos fundamentais em sentido estrito dependem de uma contrapartida do Estado, são efetivados e concretizados através de políticas públicas. Podendo ser observado que as políticas públicas são um instrumento para a concretização dos Direitos Fundamentais Sociais.

Inicialmente Bucci conceitua políticas públicas como:

“Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios a disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes, e politicamente determinados”. (BUCCI, 2002, p. 241).

Dessa forma a autora entende que não são apenas de responsabilidade pública, mas também de responsabilidade das atividades privadas a promoção de programas que atendam os objetivos da sociedade.

O conceito de política pública ainda é difícil, mas trás a ideia de planos, planejamentos onde há ações para o fomento do interesse público. Uma dessas funções é a de trazer orientações normativas, de valores que elaborem estratégias, planos e programas. (PROCOPIUK, 2013, p. 139).

Compreende-se que as políticas públicas são promovidas tanto pelo governo como pelas atividades privadas, buscando desenvolver ações para concretizar o interesse público, através de planos, programas e estratégias.

Celina Souza entende que nas políticas públicas o governo tem a possibilidade de colocar em prática as suas ideias da campanha eleitoral, conforme se verifica:

“A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real”. (SOUZA, 2006, p. 26).

Nesse sentido, as políticas públicas concretizam, colocam em prática toda a estratégia, o plano e os programas que os governantes apresentaram na campanha, transformando uma proposta para uma realidade concretizada.

Bucci entende que para o direito as políticas públicas são o instrumento de ação do governo, buscando alcançar metas e melhorias coletivas. (BUCCI, 2002, p. 253). E para

conseguir concretizar estas metas e melhorias é necessário desenvolver um planejamento de atuação, destacando as prioridades.

No estudo das políticas públicas é possível observar que é necessária uma agenda com estratégias, autores, recursos, instituições, e níveis de governo capazes de resolver a situação problema apresentada. (PROCOPIUK, 2013, p. 141).

Compreendendo que as políticas públicas são programas e envolvem uma organização, um planejamento, a escolha de prioridades, e que as mesmas possuem um objetivo a ser alcançado, identifica-se que estas buscam atender ao interesse público, concretizando direitos.

Para entender a concepção de política pública no direito é importante observar e unir a esfera jurídica e a política. Sendo que nas políticas públicas a política não é no sentido partidário e sim no sentido de organização do poder, buscando o interesse do público (BUCCI, 2002, p. 242).

A busca do interesse público está diretamente relacionada com o objetivo das políticas públicas, pois estas são programas que visam assegurar e promover direitos, voltando mais uma vez a necessidade de ser organizada.

Procopiuk explica que a política pública está relacionada com o interesse público, porque afeta a todos os membros da comunidade, assim, resta necessário tomar conhecimento de como elas são formadas, implementadas e avaliadas. Sendo desenvolvidas por políticos e pela Administração pública. (PROCOPIUK, 2013, p. 138).

Na organização de uma política pública é necessária uma avaliação criteriosa das prioridades, uma vez que são estas são necessárias geralmente em situações em que a sociedade depende do Poder Público.

As políticas públicas decorrem de situações em que a sociedade não consegue resolver sozinha os problemas que afetam a coletividade, buscando recursos para enfrentar esses problemas coletivos, através da mobilização política-administrativa com a busca e distribuição de recursos, podendo estes recursos serem públicos, privados ou da sociedade civil. (PROCOPIUK, 2013, p. 138).

Para o desenvolvimento adequado de uma política pública é necessário mais do que metas e mobilização financeira de recursos, é preciso pesquisar e ter conhecimento sobre a área na qual se pretende desenvolver uma política pública.

Alguns atores envolvidos nestas políticas são os pesquisadores, elevando o nível de conhecimento, os profissionais da administração pública na busca pela obtenção de resultados eficientes, e por fim os políticos com o caráter ideológico que avalia as políticas públicas e seus resultados. (PROCOPIUK, 2013, p. 139).

Nas políticas públicas além de todo o planejamento, organização com despesas é necessário avaliar, para ter uma resposta se o retorno daquela política pública estiver sendo eficaz ou não.



Mas o principal pra se obter sucesso nas políticas públicas é necessário conhecer o objeto, assim, é importante o debate, a discussão para definir as finalidades da política pública, tendo a participação de toda a sociedade, pois são os mais interessados. (SILVA, 2012, p. 66).

A autora Celina Souza sintetiza alguns elementos que considera principais nas políticas públicas: são materializadas através do governo, mas envolve vários atores; são mais abrangentes; buscam alcançar objetivos; são políticas de longo prazo; implicam implementação, execução e avaliação. (SOUZA, 2006, p. 36-37).

Então, é possível compreender que as políticas públicas são ações e programas de governo, que necessitam de um planejamento, uma organização com fins e recursos bem definidos, estudando o caso concreto verificando todas as possibilidades de melhor efetivação dos direitos fundamentais sociais, debatendo o tema o máximo possível para que seja possível encontrar a melhor forma com a participação da sociedade, sem esquecer que também podem ser ações de entidades privadas buscando o interesse da coletividade.

#### 4 JUDICIALIZAÇÃO X ATIVISMO JUDICIAL

Nos últimos anos foi possível verificar uma busca maior pelo Poder Judiciário, ou seja, os cidadãos têm procurado mais a justiça, indo à busca da garantia de seus direitos através do Poder Judiciário.

Atualmente as decisões judiciais tem merecido destaque em jornais e nos diálogos dos cidadãos, observando que os indivíduos estão dando maior relevância para as decisões do Poder Judiciário. (SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 1995, p. 1).

Assim, o Poder Judiciário tem desenvolvido um papel de extrema importância na vida dos cidadãos, onde muitas vezes estes depositam sua confiança na resolução de algum conflito.

Atualmente recai a responsabilidade para o Poder Judiciário de garantir a justiça, não apenas de garantir o direito dos cidadãos, mas de assegurar a paz entre as instituições. Assim, cada vez mais o judiciário é acionado para resolver os problemas sociais. (GARA-PON, 2001, p. 99-100).

Constata-se dois fenômenos ou consequências desta busca da sociedade por uma solução que venha do Poder Judiciário, a primeira é a da judicialização e a segunda é a do ativismo judicial. As quais possuem definições distintas, conforme se estudará neste artigo.

Iniciando por um conceito mais geral Rogério Gesta Leal explica a concepção de ativismo judicial ao passo que seria uma mudança normativa pelas decisões do poder, ou seja, os casos concretos analisados e decididos pelo Poder Judiciário alterando normas. (LEAL, 2011, p. 1-2).

Luis Roberto Barroso entende que o ativismo judicial é uma participação mais ampla do Poder Judiciário para a efetivação de direitos constitucionais e com uma maior inter-

ferência na atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo. O Judiciário tem a possibilidade de uma interpretação no caso concreto em um sentido mais amplo, podendo expandir o alcance e o sentido do que está na Constituição. (BARROSO, p. 6).

Portanto, é possível compreender o ativismo judicial como uma atuação do Poder Judiciário mais amplo, na concretização dos direitos garantidos na Constituição através do caso concreto, quando não restou claro pelo Poder Legislativo. Esta atuação se dá através das decisões que acabam em alguns casos por criar novas normas.

Neste sentido Eros Grau indaga se é o legislativo ou o judiciário o responsável por produzir as normas jurídicas, uma vez que hoje as decisões estão nas mãos do judiciário, e que destas decisões é que são feitas as normas. Averiguando assim, que não mais são interpretadas as normas e sim das decisões do judiciário, interpretações, é que surgem as normas. (GRAU, 2013, p. 16).

Quanto às origens do ativismo judicial estas remetem a ideia de jurisprudências norte americana. Quando a Suprema Corte teve uma atuação proativa confrontando o presidente com jurisprudência contrária a intervenção estatal. (BARROSO, p. 7).

Para compreender o ativismo é importante entender a sua origem, ao passo que surgiu através de jurisprudências das cortes americanas contrariando a intervenção estatal, tendo sido uma atuação ativa da corte.

Diferente do ativismo, a judicialização segundo Barroso pode ser compreendida como:

“Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instancias tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontra o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, 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 tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional Brasileiro”. (BARROSO, p. 3).

Dessa forma, é possível compreender a judicialização como a transferência de poder para que os órgãos do Poder Judiciário passem a decidir as questões que possuem grande repercussão. Em outras palavras é trazer os conflitos para que o Poder Judiciário dê uma decisão.

Como o Poder Legislativo e o Poder executivo estão um pouco desacreditados no Brasil, a ideia é Constitucionalizar as matérias para que assim elas se transformem em direitos e possam ser buscadas no Poder Judiciário, através de ações judiciais, fato este que possibilita levar ao Poder Judiciário as questões referentes a políticas públicas. (BARROSO, p. 4).

É possível assim verificar que uma política pública que visa garantir um direito fundamental pode ser levado ao Poder Judiciário, pois os direitos fundamentais são garantias asseguradas na Constituição, tendo resguardado o direito de acesso ao Judiciário.

Lenio Streck explica a diferença entre judicialização e ativismo, onde a judicialização ocorre em decorrência de competências dos poderes que não são cumpridas, abrindo espaço para buscar no judiciário. Já o ativismo entende o autor que é dependente da visão de cada julgador, explicando ainda, que este não faz bem a democracia. (STRECK, 2013, p. 179).

Dessa forma, é possível identificar a diferença que existe entre estes dois fenômenos, onde a judicialização é a garantia da proteção ao direito de acesso à justiça, já o ativismo é a interpretação mais abrangente do que consta no texto constitucional. Ainda é possível identificar que existe uma possibilidade de tentar conter esta atuação do Poder Judiciário.

Barroso explica que o oposto do ativismo judicial é a autocontenção judicial, em que o Poder Judiciário busca reduzir a interferência na atuação do Poder Legislativo e Executivo. Um exemplo desta autocontenção é abster-se de interferir na definição das políticas públicas. (BARROSO, p. 7).

Este exemplo citado reflete exatamente o problema objeto desta pesquisa, na medida em que retrata que o judiciário através desta autocontenção busca não interferir na definição das políticas públicas, o que não exclui da apreciação do Poder Judiciário outras questões referentes às políticas públicas.

Portanto, observa-se que o ativismo judicial e a judicialização são fenômenos distintos, ao passo que o ativismo é uma interpretação mais abrangente e a judicialização são os problemas que a sociedade leva ao judiciário. Em nenhum destes casos podemos dizer que é o Poder Judiciário que está chamando a competência para si, uma vez que a todos está assegurado o direito do acesso ao Poder Judiciário, o que traz à tona toda a discussão dos problemas dessa atuação. Assim, é necessária uma análise minuciosa e detalhada para compreender esses fenômenos, não sendo algo simples, posto que envolva o Poder Judiciário que assegura às sociedades diversos direitos. O que é possível identificar são alguns problemas que são enfrentados em função de judicializar as políticas públicas, os quais serão analisados no próximo item.

## **5 OS PROBLEMAS ENFRENTADOS PELA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS.**

Atualmente algumas questões são levadas para serem apreciadas pelo judiciário, fato este que tem dado ensejo para muitos debates. No caso do presente artigo, esta judicialização é de extrema importância, pois serão analisados quais são os problemas possíveis de identificar quando uma política pública é judicializada.

No Brasil todos os assuntos estão sendo judicializados e esperando por uma decisão do Poder Judiciário, dessa forma, determinados assuntos não pode ser decidido pelo STF,

um exemplo é o conceito de o que é vida, um conceito difícil que depende de muitos especialistas, retirando do poder Legislativo e Executivo esta discussão, podendo trazer uma série de problemas caso não se encontre uma definição coerente. Assim como no exemplo da vida, várias outras situações trazem este questionamento, de que seria correto o fato de as definições estarem apenas nas mãos dos 11 ministros do STF, sem envolver os atores sociais especializados neste debate. (STRECK, 2013, p. 182).

Esta interferência na definição de o que é vida é um exemplo de um dos problemas enfrentados no caso de interferência do Poder Judiciário em definir determinado direito ou bem. Assim, existe uma ordem cronológica e de responsabilidades para a criação de uma política pública tenha um bom resultado.

Bucci explica que o direito administrativo é responsável por concretizar os direitos garantidos no direito constitucional, assim, o Poder Legislativo é competente para tomar as decisões referentes às políticas públicas e a administração cabe executá-las. O tipo ideal da política pública seria a que o governo e o Poder Legislativo traçam conjuntamente as diretrizes para posteriormente a Administração executá-la. (BUCCI, 2002, p. 249).

Cabe ao executivo a responsabilidade de executar uma política pública, ao passo que cada poder possui funções específicas e o conhecimento de suas atribuições. Um poder interferindo no outra acaba por ferir o princípio da separação dos poderes.

A relação das políticas públicas e a separação dos poderes trás a tona algo mais complexo, o problema de saber a quem cabe formular as políticas públicas, se é o poder executivo ou o poder legislativo. Assim, seria tranquilo se fosse seguida a linha do legislativo como representante do povo definir os objetivos e os organizar em lei para que o executivo faça a função de execução. Ocorre que é necessária na formação da política pública a participação do executivo, fato que afronta nitidamente a separação dos poderes. Sendo que o executivo assume as responsabilidades para concretiza-las. (BUCCI, 2002, p. 269-270).

Assim, cada poder realizando as suas funções não haveria que se falar em ferir o princípio da separação dos poderes, pois cada um dominaria os assuntos de sua competência e atuaria até os respectivos limites. Essa interferência é um dos problemas da judicialização de políticas públicas.

É possível identificar que as políticas públicas se submetem a apreciação do Poder Judiciário, em função da garantia constitucional de que qualquer lesão ou ameaça a direito será apreciado pelo Poder Judiciário. Assim, se for verificada uma ameaça a direito, as políticas públicas representam um direito e também serão apreciadas, mas não a questão da qualidade ou adequação. (BUCCI, 2006, p. 31).

Em relação à interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas, esta pode ser em casos de ameaça a direitos como garantidor dos mesmos. Em um caso excepcional o judiciário pode atuar na função de formular política pública, conforme se pode verificar.

Algumas decisões do STF tem delineado a questão dos limites do controle judiciário nas políticas públicas relacionada com a independência dos poderes bem como com a questão orçamentária e limitações financeiras, posto que o judiciário não tem a função de formular e implementar políticas públicas mas pode passar a ter excepcionalmente quando os órgãos descumprirem os encargos políticos-jurídicos que comprometem a integralidade dos direitos individuais ou coletivos dispostos na Constituição Federal (BUCCI, 2006, p. 34-35).

Nas funções do Poder Judiciário não está à formulação e implementação de políticas públicas, até porque não tem condições de gerenciar os gastos e a disponibilidade de recursos. Assim o que é analisado para esta decisão não é o mérito e sim o controle dos vícios dos atos administrativos. (BUCCI, 2006, p. 35).

A Administração Pública se encarrega de executar objetivos e interesses da sociedade, para que prepondere o interesse coletivo ao interesse individual. (PROCOPIUK, 2013, p. 12).

Na intervenção de um poder na esfera do outro existe uma inversão na seleção de prioridades, posto que exista o órgão competente para identificar o que é essencial e urgente a ser realizado pela administração, bem como o que está dentro do orçamento.

Quando um poder é obrigado a cumprir alguma determinação, esta decisão obrigatória faz o papel de escolha, pois o poder público terá que priorizar isso antes de outras opções, quem sabe até mais urgentes e relevantes. (BUCCI, 2002, p. 273).

Assim, com a decisão obrigando cumprir determinado ato, valores financeiros são envolvidos, fazendo com que algo que era prioridade na administração tenha que passar para um segundo plano uma vez que a determinação judicial passa a ser a prioridade. E então o judiciário faz o papel de selecionar prioridades, função esta que não é sua.

Esta questão se coloca quanto à teoria da reserva do possível em que os direitos possuem custos e que isso deve ser observado, pois pode haver a concorrência dos direitos que serão implementados. Dessa forma, o efeito indesejado das ações judiciais está na questão de transferir ao Poder Judiciária a seleção de prioridades, o planejamento das políticas públicas. (BUCCI, 2006, p. 36).

Conseqüentemente, outro problema da judicialização de políticas públicas é o fato de inverter as funções, e outro poder desenvolver o papel de fazer a seleção de prioridades, bem como o estudo e planejamento das políticas públicas.

Com essa transmissão do poder de escolha se discute que existe uma afronta também à democracia, pois o povo escolhe os seus representantes para que possam votar e escolher as prioridades por eles.

Uma sugestão apontada pela autora seria o executivo realizar as políticas públicas por suas próprias iniciativas seguindo limites aprovados pelo legislativo. (BUCCI, 2002, p. 271).

A sugestão apontada pela autora tenta minimizar a interferência e os prejuízos que a judicialização pode causar na efetivação das políticas públicas. Em alguns casos é real-

mente necessário que o judiciário intervenha para assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas em alguns casos apenas uma boa atuação de cada poder pode ajudar a solucionar alguns problemas.

Portanto, é possível compreender que os problemas enfrentados pela judicialização das políticas públicas se resumem em uma afronta ao princípio da separação dos poderes, posto que cada um possua a sua função, a inversão da escolha das prioridades, pois quando um poder é obrigado a cumprir determinada ordem judicial não pode escolher entre outras políticas públicas, tem que cumprir a ordem. E por fim, outra problemática enfrentada é a discussão da representatividade, uma vez que vivemos em uma democracia, são votados os representantes com a função de votar e decidir o que é melhor para a sociedade, e no momento que troca esta função de escolha não se tem uma pessoa eleita pelo voto do povo para dar prioridade ao que é mais importante.

Assim, o presente artigo buscou evidenciar algumas situações em que se pode observar como problema o fato da judicialização das políticas públicas sociais. Onde quando há afronta e ameaça aos direitos garantidos na constituição o Poder Judiciário deve intervir para assegurar os direitos dos cidadãos.

## 6 CONCLUSÃO

O presente artigo abordou inicialmente a fundamentação dos direitos fundamentais sociais, a sua proteção Constitucional e a garantia concedida a estes direitos na Constituição Federal do Brasil.

Posteriormente analisou a concepção de políticas públicas, onde identificou que as mesmas são ações do governo, e também de particulares, buscando concretizar os direitos fundamentais sociais.

Na sequência distinguiu-se o que são os fenômenos do ativismo judicial e a judicialização, entendendo que a judicialização é a atuação do Poder Judiciário na garantia dos direitos Constitucionais e o ativismo é a atuação do Judiciário mais ativamente através de suas decisões que acabam por criar novas normas.

E por fim, no último tópico estudaram-se alguns problemas que existem pela judicialização das políticas públicas. Sendo identificado que em algumas situações a judicialização é prejudicial para as políticas públicas. Pois enfrenta questões como afronta ao princípio da separação dos poderes, inversão na seleção de prioridades e fere a democracia.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5 ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008. Tradução de: *Theorie der Grundrechte*.

- BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 14 de jan. 2014.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 13 tir. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. Tradução de: L'età dei Diritti.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- BRASIL, *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 31 jul. 2013.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva. 2002.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva. 2006.
- CANOTILHO, Gomes J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina editora. 2003.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia – o guardião das promessas*. Tradução Maria Luiza de Carvalho. 2 ed., Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. *Porque tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2000.
- LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: Os desafios do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2009.
- LEAL, Rogério Gesta, *As responsabilidades políticas do Ativismo Judicial: Aspectos teórico-práticos da experiência Norte-Americana e Brasileira*. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Monica Clarissa Henning. (org). *Ativismo judicial e déficits Democráticos: Algumas experiências Latino-Americanas e Européias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. *A influência do sistema presidencialista no ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal Brasileiro – Quem deve efetivar os direitos fundamentais em uma democracia?* In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKUHLER, Hans Jorg; HAHN, Paulo. (org). *Níveis de efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013.

LEDUR, José Felipe. *Direitos Fundamentais Sociais: Efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2009.

PROCOPIUK, Mário. *Políticas públicas e fundamentos da Administração Pública: análise e avaliação, governança e redes de políticas, administração judiciária*. São Paulo: Atlas. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2010.

SANTOS, Boaventura De Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. N. 65. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 1995. Disponível em: <<http://web.ces.uc.pt/ces/publicacoes/oficina/065/65.pdf>>. Acesso em: 14 de jan. 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SILVA, Rogério Luiz Nery da. *Políticas públicas e administração democrática*. v. 33, n. 64. Florianópolis: Sequência, 2012.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul/dez, 2006, p. 20-45. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>>. Acesso em: 14 jan. 2014.