

## A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E O JUDICIÁRIO: ENTRE ATIVISMOS E O ORDENAMENTO JURÍDICO

### THE EFFECTIVENESS OF SOCIAL RIGHTS AND THE JUDICIARY: BETWEEN ACTIVISMS AND THE LEGAL ORDER

Matheus Teodoro<sup>1</sup>

**RESUMO:** A Constituição Federal de 1988 estabeleceu extenso rol de direitos sociais, no intento de proporcionar condições para uma vivência razoável em sociedade. Contudo, como é observável, o Estado encontra dificuldades de efetivar, na medida determinada, os referidos direitos. Assim, comumente se judicializa questões correlatas. Desta forma, através do método hipotético-dedutivo, questiona-se a função do Judiciário nesta problemática, especialmente em face da existência ou não de um papel concretizador de políticas públicas. Conclui-se que não é função do Judiciário concretizar políticas públicas, mas sim zelar pelo cumprimento do ordenamento jurídico.

**Palavras-Chave:** Políticas Públicas; Ativismo Judicial; Direitos Sociais; Filosofia do Direito; Poder Judiciário.

**ABSTRACT:** The Federal Constitution of 1988 established an extensive list of social rights, in an attempt to provide conditions for a reasonable living in society. However, as can be seen, the State finds it difficult to implement, to the determined extent, the aforementioned rights. Thus, related issues are commonly adjudicated. In this way, through the hypothetical-deductive method, the function of the Judiciary in this problem is questioned, especially in view of the existence or not of a concrete role of public policies. It is concluded that it is not the role of the Judiciary to implement public policies, but to ensure compliance with the legal system.

**Keywords:** Public policy; Judicial Activism; Social rights; Philosophy of law; Judicial power.

---

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná. Pós-Graduado em Advocacia Cível e Direito Público, ambas pela Escola Brasileira de Direito. Pós-Graduado em Direito e processo Previdenciário pela Damásio Educacional. Advogado e Professor Universitário. ORCID 0000-0002-5863-0238. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7756213644211942>. teodoro.matheus.adv@gmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

O movimento político-jurídico que contextualiza a elaboração da Constituição Federal de 1988 representou relevante mudança paradigmática da relação entre cidadão e Estado, especialmente no modelo de Estado social que restou adotado na Carta Magna. É de fácil observação o extenso rol esculpido no Texto Maior referente aos direitos sociais, que visa garantir condições razoáveis para os cidadãos, contribuindo para que possam, efetivamente, usufruir de suas liberdades individuais.

Contudo, transcorridas algumas décadas de sua promulgação, constatável a dificuldade em proporcionar a concretização idealizada pela Constituição, de modo que a plena efetividade, especialmente de direitos sociais, encontra-se em xeque.

Neste contexto, a judicialização de questões relacionadas com a prestação efetiva de direitos sociais é cada vez mais comum, trazendo o Judiciário mais próximo de questão que, aprioristicamente, pertence aos outros Poderes.

Assim, crescente o número de decisões judiciais que versam sobre políticas públicas, em suas mais diversas facetas, posto que são os instrumentos concretizadores dos direitos mencionados. Desta feita, surge a questão sobre o papel do Judiciário nesta problemática. A fim de se debruçar sobre o tema, utiliza-se do método hipotético-dedutivo, com pesquisas bibliográficas, buscando uma resposta para a questão que embasa o estudo, a saber, se há papel idealizador ou concretizador de políticas públicas pelo Judiciário. Nesta temática, discute-se a função judicial em meio aos ativismos e os deveres próprios do Judiciário.

## 2 O PROBLEMA DA (IN)EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL

A ideia de efetividade constitucional se robustece com as construções teóricas de Kelsen, especialmente na elaboração da ideia de *Norma Fundamental*. Como explana o autor, o direito enquanto normatividade carece de um sistema lógico-formal de hierarquização de normas, de modo que as normas de menor escalão retirem sua legitimidade de normas superiores, culminando na Norma Fundamental, que é a Constituição do Estado. Assim, nos termos de Kelsen, “a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas” (KELSEN, 2009, p. 246-247).

Forçoso pontuar que esta norma fundante é pressuposta, ideada como gênese de todo o ordenamento jurídico, de modo que serve de filtro entre os fenômenos anteriores à sua formação e o período sob seu mando. Portanto, para a ciência jurídica kelseniana, não são relevantes os elementos precedentes da Constituição e suas influências neste processo construtivo. Desta forma, o que se avulta é a norma fundamental e o ordenamento jurídico que lhe é corolário, este sim é o objeto da ciência jurídica. Neste sentido tem-se o que Telles Junior (2014, p. 196) explana: “ao positivismo jurídico, porém, tais respostas não interessam. A curiosidade do positivismo se estende, apenas, até a norma da qual o primeiro legislador historicamente existente recebeu sua autoridade”.

Não é despropositada a afirmação de Kelsen (2009, p. 1) de que “já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito”.

Importante ressaltar que Kelsen não pregava uma pureza do Direito, mas sim uma pureza metodológica da ciência do direito, ou seja, não desprezava outros elementos influenciadores, mas os dividia em outras áreas do Direito, como a filosófica e sociológica, bem como em sua própria aplicação. Aqui está a conhecida pirâmide kelseniana, em que a Constituição ou Norma Fundamental encontra-se no topo e deve ser observada pelas normas que lhe são inferiores.

Nesta temática, similarmente, postam-se as lições de Hesse, sustentando que é primordial preservar a *força normativa da Constituição*, ou seja, que ela seja eficaz. Esta força é favorecida quando há segurança de que os preceitos do Texto Maior não serão desrespeitados, especialmente em momentos de crise, onde o tecido social tende a se esgarçar (HESSE, 1991, p. 24-25).

É comum observar a utilização do conceito de força normativa da Constituição nos argumentos a favor da concretização de direitos, o que não está essencialmente equivocado, porém é necessário que sejam observadas as possibilidades de concretização das promessas constitucionais pela realidade da sociedade em que se insere.

É na própria doutrina de Hesse que se encontra a ideia de limitação das propostas inseridas na Constituição. Considerando que a Carta Magna é o elo entre o campo político e o jurídico, deve atentar-se para que suas normativas não se distanciem da realidade da sociedade que pretende reger. Há influências recíprocas entre a Constituição e a sociedade, ensejando limites de suas propostas justamente em “fatores sociais, econômicos e de outra natureza” (HESSE, 1991, p. 24).

Este dever de observar o concretizável enseja o respeito à força normativa da Constituição. Como ensina Hesse, para um desenvolvimento desta força normativa é necessário a conjunção tanto do conteúdo da Constituição quando de sua *práxis*. Importante que todos os integrantes deste Texto Maior partilhem desta “vontade de Constituição”, uma vez que “todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda” (HESSE, 1991, p. 21-22).

Portanto, quando a Constituição pretende criar uma realidade social e não organizar a já existente tende a recair na “mera folha de papel” mencionada por Lassale. É crítica antiga em meio doutrinário, inclusive em face do positivismo primitivo, este afastamento da realidade social, como visto na crítica erigida por Jhering, apontada na lição de Larenz (1997, p. 55-59), ao declarar

que o sistema jurídico não é um fim em si mesmo, mas instrumento para organizar o social e, neste afã, deve reverberar a vontade popular e sua realidade.

Assim, vê-se que as normativas constitucionais devem observar a realidade social, a fim de que tenha sua força normativa respeitada, posto que declarar deveres estatais que não se encontrem no campo da possibilidade jurídico-material não reflete efetiva mudança social e contribui para o enfraquecimento de sua própria força normativa.

Desta feita, o respeito à força normativa da Constituição, bem como a observação da realidade social para que seja possível este respeito, são mais importantes do que a satisfação de “interesses momentâneos”, na senda de Hesse, como supratranscrito.

Estes interesses momentâneos podem ser vistos na legiferação populista, por exemplo. Naturalmente, propostas legislativas que ensejam direitos sociais e que visem melhoras na condição de vida dos cidadãos proporcionam maior aceitação em favor dos agentes públicos eleitos, de modo que se tornam as propostas mais presentes no Congresso Nacional, com algumas exceções.

Nada obstante, como observa Sarlet (2009, p. 347), a concretização de direitos sociais, justamente pelo seu caráter prestacional, gerador de grandes custos ao Estado, deve observar as possibilidades fáticas. Em suas palavras: “como se pode constatar (...) a dependência, da realização dos direitos sociais prestacionais, da conjuntura socioeconômica é tudo menos pura retórica ou mera ‘ideologia’”.

De fato, assentar uma normativa que obrigue a prestação do que não se pode cumprir ou “negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe é desconsiderar que o Direito não tem o condão de – qual toque de Midas – gerar os recursos materiais para sua realização fática, significa, de certa forma, fechar os olhos para os limites do real” (SARLET, 2009, p. 347).

Neste sentido posta-se o que ensina Canotilho (2003, p. 1437), declarando que o estabelecimento de normas jurídicas deve observar a

realidade social para que haja eficácia. Em suas palavras: a “lei constitucional não tem capacidade para ser uma *lei dirigente* (...) *transportadora de metanarrativas* (“transformação da sociedade no sentido de uma sociedade sem classes”, “garantia da felicidade dos cidadãos”, etc.)”.

Dito isto, retorna-se à Kelsen, quando sustenta, em referência à sua teoria sobre o Direito, que perseguia um ponto de equilíbrio entre uma construção do Direito completamente inclinada para a normatividade, independente da eficácia, e uma elaboração totalmente voltada para a eficácia, desprezando a normatividade. Como ensina, “a primeira solução do problema tende para uma teoria idealista, a segunda para uma teoria realista”. Sob o que aduz, entende-se que a primeira proposta é falha, posta a ausência de validade de uma norma jurídica completamente ineficaz, indiferente à vontade popular e não respeitada socialmente; de outro lado, não se mostra razoável uma teoria realista, que recairia em um consequencialismo, onde se despreza a normatividade e prioriza-se as consequências das decisões exaradas, ou seja, não se aplica o Direito em si, mas sim as consequências que variam de caso a caso. Logo, “fixação positiva e a eficácia são pela norma fundamental tornadas condição da validade” (KELSEN, 2009, p. 235-236).

Estes argumentos realçam as escolhas realizadas pela nossa Constituinte. Inspirados em Constituições europeias, detentoras, por diversos motivos (inclusive a exploração de outros povos), de condições monetárias bastantes para sustentar um Estado Social deste porte, prometeu-se diversos direitos sociais prestacionais. Entretanto, calcando-se na normatividade da Constituição, não restou valorado corretamente as possibilidades engendradas pela realidade social, tendendo à uma teoria idealista, priorizando mais a normatividade do que a eficácia social.

Como preceitua Sarlet, ainda que presente certa divergência, há forte corrente doutrinária que entende pela extensão da aplicação imediata, disposta pelo artigo 5º, §1º, da Constituição Federal, para todos os direitos fundamentais, “visto que expressamente faz referência às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais e não apenas aos direitos individuais” (CANOTILHO et al, 2018, p. 548).

As determinações Constitucionais, portanto, acabam exarando seu caráter programático, especialmente em face de alguns direitos sociais, haja vista a impossibilidade de cumprimento em sua plenitude. Isto causa conturbações na ordem jurídica que ensejam as conhecidas discussões sobre a reserva do possível, o mínimo vital e existencial, a priorização entre direitos sociais mais ou menos basilares, entre outras.

Neste contexto são pertinentes as colocações de Nunes Júnior (2009, p. 98-100), exarando que a positivação por meio de normas programáticas representa uma das formas de incluir direitos sociais em arcabouços jurídicos. Previsões jurídicas como o pleno emprego representam diretrizes para o legislador, porém não estabelece o meio para concretização do idealizado. De outro lado, existem normas programáticas que ensejam um conteúdo mais denso em sua normatividade, possibilitando vislumbres mínimos de cumprimento, embora ainda possam permanecer com a característica da indeterminação dos meios concretizadores.

A título de exemplo tem-se as afirmações de Sarlet (2009, p. 351), no sentido de que é possível que não haja recursos materiais até mesmo para atender o que se entende por “mínimo existencial”, ainda que tal conceito apresente divergências de conceituação, especialmente em “países com grandes parcelas da população compostas por pobres e miseráveis”, não representando somente uma falta de comprometimento dos recursos públicos, como também uma carência de se priorizar este mínimo existencial, inclusive por imposição constitucional. Desse modo aclara-se a necessidade de priorização de direitos sociais, em favor do mínimo existencial.

Nesta mesma toada encontra-se o que dispõe Santin (2013, p. 165), quando declara que a limitação de recursos é problemática complexa e de difícil enfrentamento, contudo, tratando-se de direitos sociais inseridos no mínimo vital, inviabiliza a “mera escusa orçamentária, na tese da ‘reserva do possível’, por necessidade de priorização de recursos públicos para tal área essencial e básica da sociedade”, resguardando a diferença entre o mínimo existencial e o mínimo vital.

Fato é que pelo sistema pátrio essa problemática é lançada nas mãos

do Judiciário, a fim de que busque uma resolução para este transtorno criado. Como se percebe, justamente pelas características intrínsecas ao Judiciário, encontra maior “facilidade” para a tomada de decisões que possam desagradar a opinião pública. Por este motivo, dentre outros fatores, relega-se a ele a tarefa de decidir sobre temas delicados que causam desencorajamento nos outros Poderes.

Contudo, surge a problemática se, de fato, é função ou prerrogativa do Judiciário gerenciar e aplicar políticas públicas, como ocorre (in)diretamente.

### **3 A EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E O JUDICIÁRIO**

A partir da problemática estabelecida, há questionamento relevante sobre a função concretizadora de políticas públicas que, por vezes, recai sobre Judiciário. Dada a inefetividade de normativas constitucionais, atrelada a necessidade de correção deste defeito em nome da força normativa da Constituição, comumente discute-se em vias judiciais a concretização dos direitos prestacionais.

A fim de equalizar esta situação, diversas correntes jusfilosóficas propuseram condutas ao Judiciário. Atualmente, a doutrina de Alexy vem se destacando e influenciando as decisões judiciais, fato visível no sistema pátrio.

Como aduz o autor, os direitos fundamentais sociais representam todos os “direitos a prestações em sentido estrito”, conglobando tanto os expressamente previstos na Constituição, quanto os advindos de interpretações. Estas normas dividem-se em três grandes grupos, quais sejam: a) normas que estabeleçam direitos subjetivos ou que tragam uma obrigação estatal de forma objetiva; b) normas vinculantes ou não-vinculantes, que seriam, no último caso, as de conteúdo programático; c) normas com direitos e deveres “definitivos ou *prima facie*”, ou seja, regras ou princípios. Na construção alexyana, o direito ao mínimo existencial é direito subjetivo vinculante, estando no topo da escala de proteção (ALEXY, 2015, p. 500 – 502).

Interessante classificação é realizada pelo autor. Tem-se que as normas



de direitos a prestações se dividem em definitivas ou *prima facie*, ou seja, regras e princípios, respectivamente. Ainda há a divisão entre direito subjetivo e objetivo e, por fim, normas de cunho vinculante e não-vinculante. Vejamos:

Tabela 1 – Classificação direito - subjetivo e objetivo - normas de cunho vinculante e não-vinculante

vinculante				não-vinculante			
subjetivo		objetivo		subjetivo		objetivo	
def.	p.f.	def.	p.f.	def.	p.f.	def.	p.f.
1	2	3	4	5	6	7	8

Fonte: ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 501.

Assim, em ordem de força protetiva, tem-se o direito vinculante, subjetivo e definitivo (1), ou seja, uma regra de poder subjetivo e, no outro extremo da tabela, o direito não-vinculante, objetivo, *prima facie* (8), que traduz em uma norma programática estatal elaborada por meio de princípios.

Aqui encontra-se uma relevante contribuição de Alexy. Afirma o autor que entre a vertente minimalista, que busca garantir o mínimo vital e a maximalista, que visa efetivar todos os direitos sociais, exalta-se a impossibilidade de tratar-se os direitos fundamentais sociais como uma “questão de tudo-ou-nada” (ALEXY, 2015, p. 502-503).

Isto remete à conhecida ponderação alexyana. Sob sua teoria, formula-se os princípios como “mandamentos de otimização”, de modo que sejam realizados na maior medida possível, “dentro das possibilidades jurídicas e fáticas” ao passo que as regras se desenvolvem no modelo do tudo ou nada, ou seja, “são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”, ou seja, “se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos” (ALEXY, 2015, p. 90-91).

Continuando, se há colisão entre regras, em apertada síntese, somente se soluciona com uma “cláusula de exceção”, que extingue o embate ou, ainda,

se uma regra for declarada inválida. De outro vértice, quando há colisão entre princípios a lógica é diversa. Assim, conquanto um dos princípios colidentes deva ceder, não importa em sua invalidade ou extinção, mas em sua realização na melhor medida possível, sob as condições fáticas e jurídicas. Esta sistemática leva à chamada “lei de colisão”, onde o conflito de princípios deve se concretizar por meio de um sopesamento, a fim de declarar qual, no caso concreto, deve ser priorizado, visto que no campo abstrato todos detém o mesmo nível de relevância. Contudo, é necessário pontuar que neste sopesamento não há aplicação direta de um princípio, mas importa na criação de uma regra que se aplicará aos casos em que as condicionantes fáticas forem as mesmas (ALEXY, 2015, p. 91-99).

Feita estas breves explanações sobre o ideário alexyano, é possível retornar à análise da concretização das políticas públicas pelo Judiciário.

Como visto, especialmente pelo caráter programático de uma grande parte dos direitos fundamentais sociais presentes na Constituição Federal, não raro a análise judicial realizada em face de questões sobre políticas públicas incorre no modelo de solução conflitual retromencionado.

Ocorre que o sistema alexyano, ainda que pretendesse limitar a discricionariedade judicial, permite a tomada de decisões justamente de forma discricionária ou, por vezes, arbitrária. Isto porque o sopesamento dos princípios não se realiza sob o mando de regras, de normativas vinculantes, possibilitando que posicionamentos pessoais do julgador, calcados em sua moral particular, influencie nos julgamentos proferidos.

Não é objetivo deste trabalho se aprofundar no interessante debate sobre as correntes do moralismo jurídico e do positivismo jurídico ou, mais amplamente, entre os defensores da moralização do Direito e seus opositores. Basta afirmar que é tarefa complexa a defesa de uma moral universal ou preponderante, que deverá guiar a interpretação e aplicação do direito, como pretendem Dworkin e, em menor medida, o próprio Alexy.

Brevemente, é possível notar a relevância da moral conferida ao sistema dworkiniano, especialmente na interpretação e aplicação do direito. Neste sistema apresentam-se dois aspectos essenciais, que são a adequação e o

valor. O primeiro refere-se à consonância entre decisão judicial e o texto normativo, mormente o constitucional. O segundo refere-se às ideias de proporcionalidade e justiça provenientes da decisão (BEATTY, 2014, p. 46). Conquanto os valores se mostrem “variados e complexos”, na visão de Dworkin formam um “todo integrado”, ensejando a possibilidade de “ao mesmo tempo exigir e guiar a integridade nos estágios doutrinários e de decisão judicial” (DWORKIN, 2010, p. 38-39).

Alexy se contrapõe a este modelo. Sustenta que a moral é utilizável na pretensão de correção do Direito, mas quem defende a tese de que ela também impulsiona a própria correção “diz demais e afirma que o direito - ou seja, incluída toda e qualquer decisão judicial – cumpre necessariamente a pretensão à correção moral, em suma, que o direito é sempre moralmente correto” (ALEXY, 2009, p. 95).

Para Alexy, a moral tem relevância para a conceituação do extremo injusto, hipótese de invalidação do Direito posto em nome da moral. Portanto, somente nesta situação é que, na visão alexyana, é possível assentar um consenso moral objetivo, ainda que rudimentar (ALEXY, 2009, p. 64-65).

De outro vértice posta-se Kelsen, afirmando que é inviável estabelecer o filtro da justiça para a caracterização do Direito, haja vista que é um conceito moral variável, que se modifica de acordo com os valores do sistema moral que embasa o julgamento sobre o justo, dentre os vários que convivem simultaneamente (KELSEN, 2009, p. 72-74).

Na visão de Streck (2011, p. 8), Kelsen é caracterizado como “um pessimista moral, uma espécie de cético que apostava em uma moral relativista”, dado que em sua construção doutrinária entende-se pela impossibilidade de afirmar a existência de uma moral absoluta “válida e vigente em todos os lugares e em todos os tempos”.

Inclusive na questão do relativismo dos direitos humanos, destaca-se a oposição à escola universalista. Como afirmam Alves e Courinho (2019, p. 81), “segundo esta teoria, tal núcleo irreduzível de direitos humanos fundamentais foi estabelecido por uma cultura ocidental, que não partilhou do mesmo processo histórico e sociocultural vivido por países do oriente”.

Um dos argumentos mais sólidos em favor do relativismo dos direitos humanos é precisamente a afirmação de que foram construídos sob a ótica ocidental e que esta busca impor sua visão de mundo para as demais culturas, como se vê na própria adoção destes direitos que “se deu em um foro de apenas 56 países, incluindo 8 abstenções, o que resulta em cerca de apenas um quarto dos países do mundo”, valor que não se “mostra tão expressivo”, considerando o objetivo globalizante (ALVES; COURINHO, 2019, p. 81).

Posta a dificuldade de utilizar-se da moral para guiar o direito, especificamente pela via judicial, ressalta-se a possibilidade de influências individualistas de julgadores, pela ponderação alexyana, na análise de lides que versem sobre políticas públicas, como instrumentos de efetivação de direitos sociais.

É preocupação importante, inclusive sendo ressalva no processo de avaliação judicial de lides atinentes ao tema. Como ensina Freitas (2009, p. 379), o controle judicial sobre atos administrativos deve ser feito de forma ampla, buscando constatar a presença ou não de “usurpação dos poderes da autoridade”; analisar a forma e requisitos exteriores, “sem excesso de formalismo, mercê do princípio da legalidade”, sendo vital que seja evitada “ao menos em geral, a emissão de juízo substitutivo, haverá de verificar se houve, ou não, desvio de finalidade principialista, em sentido amplo”. Em outros termos, que o julgador não substitua a discricionariedade da Administração Pública por juízos valorativos particulares.

Importante pontuar que a avaliação judicial destas lides não representa ofensa à separação dos Poderes. Como dispõe Santin (2013, p. 138-142) é plenamente aceito doutrinariamente o controle judicial da legalidade do ato discricionário, porém “não do mérito”, pontuando que “o mérito do ato administrativo é colocado como uma parte intocável do ato administrativo”.

A teoria dos freios e contrapesos garante o controle recíproco dos Poderes estatais, de modo que a judicialização e o controle judicial sobre atos administrativos é essencial para a manutenção do Estado democrático.

De fato, o Judiciário, nesta problemática, se encontra em situação delicada. A diferença entre cumprimento do dever legal e a ocorrência do

ativismo judicial é tênue. Complexa a tarefa de bem delinear se decisões tomadas nesta seara estão observando as determinações do ordenamento jurídico ou se representam crenças pessoais do julgador, especialmente quando se refere ao controle judicial da discricionariedade administrativa de políticas públicas.

Como adverte Ramos (2015, p. 324), caracteriza-se como ativismo judicial o exercício das funções da judicatura “para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar”.

Fernandes destaca:

Todavia, não há como discordar de Virgílio Afonso da Silva, quando este critica a falta de precisão e rigor técnico-metodológico, seja por parte dos Tribunais brasileiros, notadamente o STF, que parece ter encontrado na "proporcionalidade" o remédio taumaturgo (milagroso) para todos os problemas constitucionais, ou por parte dos juristas pátrios - seja por descuido epistemológico (equivoco que se corrige com estudo), seja por perversidade ideológica (mal a ser combatido) – que abraçam tal tese de maneira acrítica e irrefletida, sem pesar (ou por que não dizer, como querem, "sopesar") as consequências para a construção do paradigma de um direito afeito a um Estado Democrático (FERNANDES, 2017, p. 229-230).

Se de um lado realmente não há hierarquia entre agentes públicos concursados e eleitos, como afirma Santin (2013, p. 139), considerando que o concurso público não deixa de ser uma forma de eleição, bem como retira sua legitimidade da Constituição, é certo que possuem funções diversas e não devem ser usurpadas.

Portanto, evidente que o controle constitucional e legal é tarefa do Judiciário, ao passo que, não deixando de observar os ditames do ordenamento jurídico, cabe ao Legislativo e Executivo idear e executar as políticas públicas. Assim, o gerenciamento de políticas públicas pelo Judiciário é usurpação de competência que fere, em *ultima ratio*, o próprio sistema democrático. Esta usurpação, por vezes, é relativizada, considerando alguns debates acadêmicos e sua ocorrência em decisões judiciais que acabam “normalizando” o fenômeno. Contudo, se realizado o caminho inverso, qual seja, imaginar o legislador ou

administrador público substituindo o mérito de uma decisão judicial, a problemática aponta, mais facilmente, a reprovabilidade mencionada.

Esta maleabilidade conferida à idealização, gerenciamento e aplicação das políticas públicas ensejou que Canotilho reformasse questões sobre sua teoria do dirigismo estatal, declarando que a sociedade hodierna é diversificada e dinâmica, clamando por respeito em favor destas características, de modo que a abordagem do dirigismo estatal, se esta for a vontade popular, deve ser cautelosa, a fim de que se prestigie anseios e visões de mundo diversas (CANOTILHO, 2003, p. 1437).

Isto se deve ao fato de que, na visão de Canotilho, o dirigismo estatal poderá recair precisamente no que busca evitar, ou seja, uma desorientação, mormente quando se apresenta numerosas normas programáticas na Constituição, que são “sujeitas à *mudança política democrática* ou dependentes da *capacidade de prestação* de outros subsistemas sociais (ex.: políticas de pleno emprego, política de investimentos, política de habitação)” (CANOTILHO, 2003, p. 1437).

Estas constatações podem apresentar uma complexidade ainda maior à atividade jurisdicional, posto que deve realizar a análise judicial, porém sem substituir o legislador ou administrador em seu mérito. Uma solução apresentase no cumprimento mais estrito da lei e ordenamento jurídico, como se verá neste momento.

#### **4 O CUMPRIMENTO DA LEI E A RESPONSABILIDADE EM LEGISLAR**

Em meio a esta problemática, especialmente no desejo de ver-se os direitos fundamentais sociais em plena eficácia, incorre-se na situação de delegar ou exigir que o Judiciário dê efetividade às políticas públicas e, por corolário, aos direitos que as embasam. Daí surge o questionamento se é tarefa do Judiciário efetivar os instrumentais para a referida concretização.

Contudo, em resposta à pergunta, pode-se afirmar que não. Não é função do Judiciário efetivar políticas públicas. A função deste Poder é garantir

o cumprimento da lei e do ordenamento jurídico, nos limites do disposto por estes institutos.

Esta delegação de função pode causar, e comumente o faz, desarranjos no sistema democrático e desarmonizar as instituições, posto que permite a substituição do legislador e do administrador público pelo julgador da lide. Não raro é possível notar decisões judiciais que determinam mudanças na execução de políticas públicas, decisões estas que não estão fundamentadas em ilegalidades, mas sim na ideia de eficiência própria do julgador ou outro fator subjetivo.

Como já indicado neste trabalho, esta substituição não é permitida, como claramente se posiciona Freitas (2009, p. 379), sustentando que no exercício do controle judicial de atos administrativos, deve ser evitado a “emissão de juízo substitutivo”. Neste mesmo sentido caminha Santin (2013, p. 138-142), declarando que esta revisão judicial não afeta a separação dos Poderes, porém não pode invadir o mérito do ato administrativo, assim, nas palavras do autor, “o mérito do ato administrativo é colocado como uma parte intocável do ato administrativo”.

De fato, se de um lado mostra-se criticável os ativismos judiciais, que representam a extrapolação dos limites ao Judiciário, também é de se destacar que o problema lhe é lançado por diversos motivos, dentre eles a inércia proposital ou não do Legislativo e Executivo.

Em outros termos, é cediço que o Estado brasileiro não possui, efetivamente, condições pecuniárias para arcar com todos os direitos sociais em sua plena extensão, porém não é razoável afirmar que não detenha condição alguma para promover concretudes nesta seara. Entretanto, não é incomum constatar a prolação de determinações legislativas de difícil execução ou, de outro vértice, sua omissão a fim de que os integrantes destes Poderes não comprometam sua imagem em face da opinião popular, empurrando a problemática para o Judiciário que, por suas próprias características, não se mostra tão dependente do favor social (não necessitam de eleições ou reeleições por voto popular, por exemplo).

Portanto, depara-se com duas faces do mesmo problema, quais sejam,

se de um lado há possibilidade de ativismo judicial e substituição do mérito e prerrogativas dos outros Poderes, também há dificuldade em se ter ciência sobre o que deve ser feito, considerando este mecanismo (impróprio) de transferência de responsabilidade do legislador e administrador público, como acima descrito. Evidente que não se trata de um problema de fácil resolução e qualquer tentativa de solução simplista terminará, invariavelmente, em fracasso.

Contudo, uma solução que se mostra razoável, justamente quando se tem em mente que o papel do Judiciário não é efetivar políticas públicas, mas sim zelar pelo cumprimento do ordenamento jurídico, de fazer cumprir a lei onde haja previsão de instrumentos para sua execução ou estes mecanismos já estejam efetivamente implantados.

Como já abordado neste estudo, interessante classificação é realizada por Alexy (2015, p. 501-503), quando elucida a força protetiva de cada previsão constitucional ou legal de direitos fundamentais, variando desde a mais forte, quando o direito é vinculante, subjetivo e definitivo (1), até a mais fraca, quando a normativa é meramente programática e elaborada por meio de princípios (8).

Oportuno retomar a lição de Sarlet (2009, p. 242-246), quando esclarece a posição clássica da eficácia das normativas constitucionais, defensora da existência de normas “auto-aplicáveis” e “não-auto-aplicáveis”, ou seja, normas que já detinham substancialidade para sua execução e normas que careceriam de pormenorização infraconstitucional. As críticas realizadas em face deste posicionamento exararam que toda norma constitucional é em certa medida incompleta, bem como este modelo se encaixaria na sistemática liberal e não na social adotada pelo Estado nacional hodierno. Ainda, sustenta que por mais programática que seja a norma, ela ainda gera alguma efeito, ao menos na vinculação do legislador.

Assim, embora indicados os pontos da crítica, Sarlet (2009, p. 244) aduz que Pontes de Miranda, inserido na teoria clássica, já assentava que em relação às normas constitucionais, “reconhecendo a estas um certo grau de cogência, na medida em que cerceiam a atividade do legislador, que não pode contrariar o programa estabelecido pela Constituição” apresentam certa eficácia.

Neste contexto é que Sarlet (2009, p. 250-251 e 255) leciona que as



posições doutrinárias atuais encontram ponto em comum no problema da eficácia das normas constitucionais. Entretanto, estas correntes entendem que há eficácia em todas as normas, podendo se referir em gradações desta eficácia. Assim, “todas as propostas reconhecem, contudo, que determinadas normas da Constituição, em virtude da ausência de normatividade suficiente, não estão em condições de gerar, de forma imediata, seus principais efeitos”, restando na dependência da concretização pelo legislador infraconstitucional, denominando-se normas de eficácia limitada. Termina por afirmar:

convém lembrar que todas as normas constitucionais, sendo dotadas sempre de um mínimo de eficácia, sendo esta variável consoante seu grau de densidade normativa, também podem considerar-se – em certa medida – diretamente aplicáveis, naturalmente nos limites de sua eficácia e normatividade (SARLET, 2009, p. 255).

De fato, as normas constitucionais, mesmo que eventualmente sejam programáticas, possuem relativa eficácia, ainda que seja somente no sentido de guiar e restringir o legislador. Contudo, na seara das decisões judiciais, evidente que é fundamental a existência de um mínimo normativo para que se execute as normas mencionadas. De outro modo, como o julgador daria concretude para a normativa de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “busca do pleno emprego” (art. 3º, III e art. 170, VIII, da CRFB/88), por exemplo? Determinaria que o Estado concedesse trabalhos para os desempregados ou que a iniciativa privada o fizesse, de forma obrigatória? Entre tantos outros exemplos, robustece-se a posição de que há normas constitucionais com eficácia limitada, carente de especificação infraconstitucional.

Assim, retornando à gradação alexyana da força protetiva das normas constitucionais, mostra-se razoável que o julgador aplique as normas que detenham normatividade bastante para serem executadas.

É comum a judicialização, por exemplo, de questões relacionadas à saúde, tais como fornecimentos de medicamentos e operações médicas. Nesta hipótese, considerando o proposto neste trabalho, o julgador deverá analisar a situação e determinar o fornecimento do pedido, posto que o direito fundamental e social à saúde (art. 6º, da CRFB/88) é de competência concorrente entre os

entes federados (art. 23, II, da CRFB/88), garantidos pela seguridade social, de forma universal na cobertura e atendimento (art. 194, *caput* e inciso I, da CRFB/88) e instrumentalizado pelo Sistema Único de Saúde (art. 196 e 198, da CRFB/88 e Lei 8.080/90). Neste caso há normatividade e instrumentalização para a execução do direito social em questão, diferentemente do exemplo mencionado da erradicação da pobreza e busca do pleno emprego.

Desta feita, reforça-se o caráter de cumpridor do ordenamento jurídico conferido ao Judiciário, em especial. Não é prerrogativa ou competência do Judiciário, em seu exercício, tecer reflexões se o sistema é bom ou ruim, tampouco se deveria haver outra política pública em seu lugar ou, ainda, se nem mesmo deveria haver a referida política pública, como ocorre em outros Estados.

Do mesmo modo, não é tarefa do Judiciário ponderar se há recursos financeiros para concretizar estas normativas constitucionais, ou mesmo legais, que possuem instrumentalização e normatividades suficientes para sua execução. Agir deste modo é pautar-se pelo consequencialismo, que gera insegurança jurídica, uma vez que cria um direito *ad hoc*. É tarefa do Legislativo elaborar as normativas que guiarão a sociedade, incluídas as políticas públicas, bem como é dever do Executivo o planejamento para a melhor forma de execução. Ao Judiciário cabe a fiscalização da legalidade e o cumprimento do determinado no ordenamento jurídico.

Agindo deste modo, na eventualidade da ocorrência de incapacidade orçamentária, devolve-se a responsabilidade em legislar e gerir aos seus respectivos Poderes. Em outros termos, impondo o Judiciário o que é executável no ordenamento jurídico, questões relativas ao ato de legislar e administrar retornarão, efetivamente, ao Legislativo e Executivo.

Deste modo tem-se, razoavelmente, um modelo para guiar e restringir a ação do Judiciário, não permitindo que aja aquém ou além do imposto pelo ordenamento jurídico e com instrumentos previstos para sua execução, ao passo que impõe o dever dos outros Poderes de retomarem seus devidos lugares institucionais, o que, aparentemente, por conveniência, não é realizado. Observável a referida conveniência quando se cria uma legislação sabidamente insuscetível de concretização, por impedimentos jurídicos ou pecuniários,

visando a aprovação popular e ganhos políticos aos agentes públicos. Ainda, quando há omissões em legislar e regulamentar, considerando que o possível de ser concretizado seria aquém do esperado socialmente, podendo prejudicar a imagem política do agente.

Em outros termos, o Legislativo e Executivo se verão obrigados a formular e executar adequadamente as políticas públicas, não legislando meramente por populismo ou se omitindo em considerar a realidade social por questões e interesses políticos. Assim tende-se ao reequilíbrio e harmonização entre os Poderes, considerando a existência de muitas críticas em face de ativismos judiciais (o que está correto), tanto para decisões que restringem desnecessariamente direitos sociais quanto as que extrapolam os limites constitucionais e/ou legais. O que ocorre é que estes ativismos são possibilitados e/ou incentivados, muitas vezes, por atos do próprio Legislativo ou Executivo. Portanto, através deste modelo, as responsabilidades de legislar e gerir serão devolvidas integralmente aos seus Poderes de origem.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As constatações alcançadas por este trabalho possibilitam uma resposta para o problema apresentado, qual seja, se o Judiciário tem o papel de idealizar, gerir ou concretizar políticas públicas. Conclui-se que não é papel deste Poder a concretização, elaboração ou reflexão sobre políticas públicas, mas sim zelar pelo cumprimento do ordenamento jurídico.

Isto porque há normativas constitucionais com eficácia limitada, carentes de elaborações infraconstitucionais para sua plena concretude, de modo que não há possibilidade de execução pela via judicial, como por vezes pretende-se, sob pena de substituição ou usurpação de competências institucionais, causando desarranjos no próprio sistema. Porém, de outro lado, há normas constitucionais com plena eficácia, já pormenorizadas e instrumentalizadas, de modo que não é dever ou prerrogativa do Judiciário ponderar sobre seu mérito ou eventuais custos e (im)possibilidades orçamentárias, considerando que este papel é do

Legislativo e Executivo.

Portanto, determinando o pleno cumprimento das normativas que possuem condições jurídicas de serem realizadas, há retorno da responsabilidade em bem legislar e bem gerir para o Legislativo e Executivo, respectivamente. Assim, evita-se que por questões políticas, populistas ou de outra ordem que estes Poderes assentem normativas impossíveis de serem cumpridas, lançando o problema na alçada do Judiciário. De outro vértice, também direciona os esforços da opinião popular em cobrar eventuais omissões de quem detém, efetivamente, estas responsabilidades.

Com determinações judiciais para o cumprimento do ordenamento jurídico, já previsto e instrumentalizado, independente de análises econômicas ou políticas do Direito, devolve-se a responsabilidade em pensar o orçamento estatal para o Legislativo e Executivo. Não é função do Judiciário ingerir-se nos cofres públicos, mas sim cumprir a lei, de modo que a legislação deve ser bem pensada antes de ser promulgada. Com eventuais prejuízos aos cofres públicos, o Legislativo e Executivo se verão obrigados a adequar a situação e produzir leis concretizáveis.

Proporciona, ainda, uma base de atuação sólida para o Judiciário, evitando que por desorientação ou inclinações ideológicas e morais pessoais haja interferências no julgamento, incorrendo em ativismos judiciais, tanto para ir além ou aquém do normatizado, considerando a dificuldade de encontrar-se uma moral universal ou consenso extralegal que embase estes ativismos.

Por fim, deste modo impõe-se maior efetividade aos direitos que detenham normatividade e instrumentalidade suficiente, bem como exige-se maior responsabilidade no trato com a *res publica*, ao passo que restringe a utilização de preceitos morais pessoais nesta interação e interdependência entre os Poderes, especialmente na concretização de políticas públicas. Ademais, incrementa a necessária responsabilidade ao criar-se uma legislação razoável e concretizável, contribuindo para a força normativa.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Conceito e validade do direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- ALVES, Fernando de Brito; COURINHO, Ananda do Valle Clavilho. A hermenêutica diatópica como mecanismo de diálogo entre noções multiculturais nas problemáticas envolvendo os direitos das mulheres. Revista Direito UFMS, Campo Grande/MS, v.5, n.1, p. 77-96, 2019.
- BEATTY, David M. A essência do estado de direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.
- CANOTILHO, J. J. Gomes... [et al]. Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teorias da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DWORKIN, Ronald. A justiça de toga. Tradução por Jefferson Luiz Camargo; Revisão da Tradução por Fernando Santos; Revisão Técnica por Alonso Reis Freire. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. rev. ampl. E atual. - Salvador. JusPODIVM, 2017.
- FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.
- HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. 1. Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. 8ª. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Tradução de José Lamago. 3ª. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A cidadania social na Constituição de 1988: Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.
- RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SANTIN, Valter Foletto. Controle judicial da segurança pública: eficiência na prevenção e repressão ao crime. 2ª ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. Constituição, economia e desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27.

TELLES JUNIOR, Goffredo. A criação do direito. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.