

O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAIS: UMA ABORDAGEM À LUZ DO PROCESSO ESTRUTURAL

The role of the judiciary in the enforcement of fundamental laws: an approach in light of the structural process

João Victor Mendes de Oliveira¹

Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente-SP

DOI: <https://doi.org/10.62140/JVMO1402025>

Sumário : Introdução; 2- A distinção entre direitos fundamentais e humanos; 3- a dignidade da pessoa humana como vetor para efetivação de direitos; 3- A tripartição de Poderes e o Estado Democrático de Direito 3.1 Protagonismo do Poder Judiciário?; 3.2 O processo estrutural como forma de efetivação de direitos fundamentais.

Resumo: O presente trabalho discute a legitimidade do Poder Judiciário e sua intervenção em políticas públicas, como forma de efetivação dos direitos fundamentais, a preservação do estado Democrático de Direito e a consagração do jogo democrático.

Para tanto, destacamos a existência do fenômeno da judicialização da vida e da política e o conseqüente protagonismo do Judiciário, fenômeno este que ocorre no mundo todo, fruto do constitucionalismo contemporâneo.

Palavras-chave: intervenção do Poder Judiciário- constitucionalismo-preservação dos direitos fundamentais.- processo estrutural

Abstract: This work discusses the legitimacy of the Judiciary and its intervention in public policies, as a way of implementing fundamental rights, preserving the Democratic State of Law and consecrating the democratic game.

¹ Professor no curso de Direito no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná. Advogado.

To this end, we highlight the existence of the phenomenon of the judicialization of life and politics and the consequent protagonism of the Judiciary, a phenomenon that occurs throughout the world, as a result of contemporary constitutionalism.

Keywords: intervention of the Judiciary- constitutionalism-preservation of fundamental rights.- structural process

INTRODUÇÃO

A simples positivação dos direitos fundamentais não se mostrou suficiente, merecendo uma ação efetiva do Poder Público para garanti-la. Deste modo, a garantia dos direitos, pela perspectiva pragmática, deve ser analisada não somente como um utensílio de segurança jurídica oferecido ao ser humano, mas sim, pela sua efetiva aplicação e alcance.

Neste cenário, observa-se a ineficiência do aparato legislativo para a concretização de direitos, bem como a falta de eficiência do Poder Executivo em proporcionar a todos gozarem de uma vida digna.

Diante da ausência da concretização dos direitos fundamentais, os cidadãos têm, cada vez mais, procurado o Poder Judiciário para conseguir a efetividade desses direitos constitucionalmente assegurados.

Qual o papel do Poder Judiciário na concretização dos direitos e garantias fundamentais? Este é o ponto fundamental do presente estudo, cujo objetivo é demonstrar a importância do referido Poder da República como instância efetivadora de direitos fundamentais, diante da omissão do Poder Executivo em oferecer serviços públicos de qualidade aos seus cidadãos.

Para comprovar tal hipótese, utilizar-se-á o método dedutivo, com pesquisa bibliográfica, apoiando-se nos conhecimentos proporcionados em análise da Constituição, Leis, doutrina, entre outros meios de informações jurídicas e fáticas, de maneira mais atualizada, prática e enriquecedora possível.

Por todo o exposto, busca-se demonstrar a necessidade e a forma como se dá a atuação jurisdicional na efetivação dos direitos fundamentais no Brasil.

1. A DISTINÇÃO entre direitos fundamentais e direitos humanos

Importante aqui salientar que, embora os direitos fundamentais e os direitos humanos sejam comumente mencionados como se tivessem idêntico significado, há uma distinção relevante entre eles.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino² explicam que:

A expressão direitos humanos é reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem. São direitos postulados em bases jusnaturalistas, possuem índole filosófica e não têm como característica básica a positividade numa ordem jurídica particular. Essa expressão é empregada, também, para designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em documentos de direito internacional.

Já a expressão direitos fundamentais é utilizada para designar os direitos relacionados às pessoas, inscritos em textos normativos de cada Estado. São direitos que vigoram numa determinada ordem jurídica, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os estabelece.

Assim, os direitos humanos tratam da proteção aos direitos inerentes ao homem, na mera condição de ser humano. Enquanto que, os direitos fundamentais, são aqueles reconhecidos como tais em determinado ordenamento jurídico, internamente vinculados ao Estado democrático e social, garantidor de direitos.³

Janaína Machado Sturza e Renata Maciel enfatizam que os direitos humanos são decorrentes da construção jurídica histórica da civilização. Ao contrário de representarem um acontecimento natural decorrente de uma vontade única, divina ou mitológica, os direitos humanos se estabelecem através do desenvolvimento do indivíduo, na imposição de limite ao poder soberano⁴.

² PAULO, Vicente de. ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional descomplicado - 16. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 95.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 29.

⁴ STURZA, Janaína Machado; MACIEL, Renata. Democracia, cidadania e direitos humanos: a conjuntura

Já os direitos fundamentais, nas palavras de Nunes Junior:

Destarte, podemos conceituar direitos fundamentais como o sistema aberto de princípios e regras que, ora conferindo direitos subjetivos a seus destinatários, ora conformando a forma de ser e de atuar do Estado que os reconhece, tem por objetivo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber: em sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e em relação à sua preservação (solidariedade).⁵

Em resumo, enquanto os direitos humanos são utilizados para designar direitos pertencentes ao homem, universalmente considerado, sem referência a ordenamento jurídico determinado ou limitação geográfica, os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos como tais em determinado ordenamento jurídico, de um certo Estado.

Importante consignar que a instauração de um regime político democrático no Brasil, advindo com a promulgação da Carta Política de 1988, introduziu indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. “A partir dela, os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil”⁶.

Contudo, nem sempre a existência de um arcabouço legislativo acarreta a implementação de tais garantias. Os direitos fundamentais não são absolutos, isto é, uma de suas características, segundo a doutrina majoritária, é a relatividade, pois encontra-se limitado em outros direitos tão fundamentais quanto ele.

Não obstante a sua aplicabilidade imediata, prevista no artigo 5º, §1º da CRFB/88, é imperioso salientar que, além de todos os outros empecilhos, a modernidade tardia foi, e ainda é, um problema de destaque na efetivação dos direitos

atual do estado democrático de direitos. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 23, jan. 2016. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/642>>. Acesso em: 16 de agosto de 2017.

⁵ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania Social na Constituição de 1988 - Estratégias de Posituação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Editora Verbarim, 2009. p. 15.

⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional* – 14. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 56.

fundamentais. Acredita-se que o Estado Democrático é, por si só, garantidor de direitos, no entanto, o retardamento de sua introdução no Brasil trouxe consigo diversas consequências.

Sobre o tema, Fernando de Brito Alves⁷ leciona:

A questão da relação da democracia e dos direitos fundamentais é, nos países de modernidade tardia, problema absolutamente típico. Por exemplo, enquanto hoje, na Europa, a questão dos direitos de minorias se polariza em torno de questões culturais (associadas à migração etc.), na periferia do sistema, as questões predominantes estão associadas ao pleno exercício dos direitos civis e sociais, por isso a necessidade de uma nova fundamentação, construída a partir do mundo da vida daqueles que são os destinatários principais desses direitos na contemporaneidade.

O Estado brasileiro se encontra em demasiado atraso se comparado aos países Europeus. Em vários aspectos, a efetivação dos direitos fundamentais deixam a desejar, evidenciando a não evolução do país com as normas instituídas, pois há imenso *déficit* social no Brasil, reconhecido e analisado por Lenio Streck⁸.

Não há, no entanto, que se falar de retrocesso, ante ao fato de que o país sequer evoluiu. Neste diapasão, ensina Gilmar Mendes⁹:

Embora se possa entender que a proibição de retrocesso tem em vista assegurar a preservação de direitos consolidados, especialmente aqueles direitos de caráter prestacional, não se pode olvidar que vicissitudes de índole variada podem afetar a capacidade do Estado de garantir tais direitos na forma inicialmente estabelecida. Daí a necessidade, portanto, de se compreender *cum grano salis* tal garantia e de não lhe conferir caráter absoluto contra revisão ou mudanças.

Ora, se o princípio da proibição ao retrocesso visa preservar os direitos já

⁷ ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 119.

⁸ STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 28.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 647.

consolidados e os direitos fundamentais aqui tratados não estão plena e efetivamente consolidados, inexistente retrocesso.

Dessa forma, diante do atraso na evolução dos direitos fundamentais no Brasil, não há que se mencionar o retrocesso.

Como se pode notar, os direitos fundamentais possuem mecanismos para sua efetivação, entretanto, nem sempre isso se concretiza, por diversas razões, que podem ser econômicas, políticas, sociais, entre outras. Porém, inexistente retrocesso no Brasil nesse aspecto, haja vista que não houve evolução de fato, podendo-se atribuir tal fato ao retardamento na implementação do Estado Democrático de Direito.

2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VETOR PARA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

A dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental garantido na Constituição Federal de 1988, pode-se considerá-lo como o mais valioso fundamento inscrito na Carta Maior.

Flávia Piovesan¹⁰ destaca que, em meio à supremacia da Constituição e seus princípios fundamentais, a dignidade do ser humano é o centro de todos os princípios, além de ser incondicionalmente determinante no direito brasileiro.

Tornar efetivo o cumprimento dos preceitos fundamentais, bem como os direitos humanos, faz com que seja garantida ao homem a vida digna.

O direito à vida não se limita ao simples fato de estar vivo, mas sim, sob a acepção positiva, estar vivo com dignidade, assegurando-se ao indivíduo o acesso a bens e utilidades indispensáveis para uma vida em condições minimamente dignas¹¹.

Já Talita M. Toledo¹² alerta para a aplicação imediata das normas fundamentais a que dispõe o legislador ao impor a otimização do princípio da dignidade da pessoa humana, ao passo que determina a adoção de medidas efetivas para assegurar a maior eficácia possível às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.448.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p.28.

¹² TOLEDO, Tallita Massucci. A saúde mental do empregado como direito fundamental e sua eficácia na relação empregatícia. São Paulo: LTr, 2011. p.117-118.

O Estado brasileiro, no que tange a concretude de tais direitos e garantias fundamentais não evoluiu com as dimensões. Gilmar Mendes ensina que: “Se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objeto de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.”¹³ Infelizmente, verifica-se que o Estado se vê limitado, pautado em burocracias excessivas, e se encontra de “mãos atadas” na pretensão de garantir o mínimo existencial necessário.

O Estado deveria, portanto, garantir ao seu povo o mínimo existencial, necessário a uma vida digna, entretanto, é praticamente impossível determinar o que faz parte do mínimo garantido constitucionalmente.¹⁴ Distancia-se da concretude de sua finalidade, por falta de um padrão controlável, que sirva de base para que o ente estatal formule e execute projetos que o garantam.

Desse modo, conclui-se que os direitos fundamentais não podem se limitar tão somente à sua declaração, mas devem ser evidenciados em sua plenitude de aplicabilidade às situações fáticas, pois, se isso não ocorrer, inexistente a possibilidade de se garantir a dignidade da pessoa humana.

3. A TRIPARTIÇÃO DE PODERES E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito é pautado na ideia de um Estado em que todas as pessoas e todos os poderes estão sujeitos ao império da lei e do Direito e no qual os poderes públicos sejam exercidos por representantes do povo visando a assegurar a todos uma igualdade material¹⁵.

Assim, houve o objetivo de consagrar a supremacia Constitucional, afirmando-se valores fundamentais da Pessoa Humana. Esta consagração fica evidente através da separação dos poderes da República, modelo que possui mecanismos de controles recíprocos.

Este modelo advém do legado deixado por Montesquieu em alocar três

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.136.

¹⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 428.

¹⁵ PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional descomplicado - 16. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 89.

diferentes funções, Legislativa, Executiva e Judiciária, outorgadas a diferentes titulares, de forma que sejam independentes e, ao mesmo tempo, harmônicas entre si, que possuam mecanismos de controle recíproco que permitam evitar que uma se arrogue poderes absolutos ou deles abuse.¹⁶

A Carta Maior de 1988, seguindo o modelo de Montesquieu, estabeleceu a formação do Estado em três poderes independentes e harmônicos entre si, quais sejam: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, em seu artigo 2º, atribuindo-lhes não somente funções típicas, mas também atividades atribuídas aos demais poderes, por assim dizer.

A respeito do tema, esclarece Gilmar Mendes¹⁷:

Nos poderes Legislativo e Judiciário a atividade administrativa encontra-se diretamente vinculada às suas atividades-meio, não às suas atividades-fim, pois os poderes, ou as funções, de legislar e de resolver conflitos são exercidas diretamente por agentes de Poder, que apenas mediamente estão vinculados às normas da administração pública, mas na maioria das vezes estão vinculados aos seus estatutos próprios, que vigem à margem da regra geral da administração pública e que regem as atividades de "poder" *stricto sensu*.

Apesar de estarem distribuídas as funções, o poder estatal é uno e indivisível, tão somente teve suas funções repartidas de forma a viabilizar o cumprimento dos deveres do Estado com eficiência.

Em síntese, tem-se que os poderes do Estado foram divididos da seguinte maneira: o Legislativo legisla e fiscaliza, o Executivo efetiva os direitos através atividades diversas e variadas do chefe do executivo e o Judiciário visa garantir proteção da ordem constitucional, mediante provocação, em casos excepcionais de não cumprimento da pretensão do Executivo.¹⁸

¹⁶ FERREIRA, Eber de Meira. Poder judiciário, ativismo judicial e democracia. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/D.2.2014.tde-08122014-161522. Acesso em: 18 de setembro de 2017. p. 23.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 961.

Entretanto, essa divisão se desvirtuou, e levou o Judiciário, de seu papel subsidiário, ao protagonismo na efetivação de certos direitos.

Nos dizeres de Valquíria Costa:

Como ensina Montesquieu, "o poder limita o poder", daí a necessidade de criar-se uma Constituição desenvolvida e complexa, em que o poder é decomposto em várias funções que recebem o nome de Poderes do Estado, tornando imprescindível estabelecer quais serão as regras, ou seja, quais órgãos têm competência para exercer uma função, e as relações entre eles, o que culminou na promulgação da Constituição Francesa de 1791.¹⁹

Ainda que não haja hierarquia entre eles, existe um sistema de equilíbrio, abstratamente previsto pela Constituição. Através do sistema de pesos e contrapesos, o qual foi previsto no bojo da elaboração da sistemática divisão de Poderes do Estado, tem-se a estabilização, ou pelo menos deveria ter.

Nesse sistema de *check and balances*, considera-se que o poder Legislativo, quando da elaboração das leis, direciona a atividade dos magistrados, sem, no entanto, abranger todas as possibilidades do caso analisado.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal entende necessária a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, com vistas a concretizar os direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito fundamental social à saúde, tendo por fundamento o mínimo existencial e a reserva do possível, analisado caso a caso, com fundamento na razoabilidade. Nas lições de Thiago Russo e Neide Lehfeld:

A cláusula da reserva do possível deve estar em consonância com o binômio que compreende de um lado razoabilidade de intenção do autor em face do Poder Público e de outro a existência de recursos financeiro da Administração Pública para elaboração das políticas públicas solicitadas. O princípio da razoabilidade norteará sempre as decisões judiciais, sobretudo as contra o Estado, cujo recurso financeiro vem da população e para ela são destinados.²⁰

¹⁹ COSTA, Valquíria. A Separação de poderes: de Montesquieu a Bruce Ackerman, uma mudança no paradigma. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 93/2015. p. 15-35. Out-Dez/2015. Revista dos Tribunais Online. p. 7

²⁰ RUSSO, Thiago. LEHFELD, Neide. Controle jurisdicional das políticas públicas que visam concretizar

Assim, verifica-se uma oposição à Lei Maior, haja vista que os direitos e garantias fundamentais deveriam ter eficácia plena e imediata, como preceitua o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal.

Ingo Sarlet²¹ prescreve que: “o postulado da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais não elucida de que forma se dá esta aplicabilidade e quais os diversos efeitos jurídicos que lhes são inerentes.”

Flávia Piovesan²², por sua vez, tece alguns apontamentos acerca das funções estatais. Quanto ao legislativo, considera cumprido o seu papel ao elaborar normas que atendem ao objetivo de proteção aos direitos humanos. Ao executivo, ressalta que é o que mais viola tais direitos, deixando a desejar no cumprimento e observação dos programas, apesar de elaborá-los. Já com relação ao judiciário, destaca o importante papel que representa para a sociedade ao reconhecer e efetivar os direitos fundamentais, coagindo, através da sua força vinculante, o Poder Executivo para que cumpra as obrigações constitucionais e internacionais as quais está adstrito.

Ainda sobre a aplicabilidade de tais direitos, Flávia Piovesan ainda aponta a real necessidade da intervenção do judiciário:

O princípio constitucional da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais intenta assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Isso significa que esse princípio investe os poderes públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos. Todos os direitos fundamentais – entenda-se tanto os civis e políticos como os direitos econômicos, sociais e culturais – passam, assim, a dispor de força jurídica vinculante.

Resta clara a relação existente entre os direitos humanos e os direitos e

o direito à saúde. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 23, p. 313-331. p. 328.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 282.

²² PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 388.

garantias fundamentais, e quanto ao tratamento dispensado pelo poder estatal a estes. Não resta dúvida que, a separação de poderes objetiva proteger e fomentar os direitos fundamentais²³.

Nesse cenário, Boaventura de Sousa Santos preleciona que: “Os direitos humanos foram subsumidos no direito do Estado e o Estado assumiu o monopólio da produção do direito e de administração da justiça.”²⁴

Em uma sociedade mais informada, ciente de seus direitos, sabe-se que, caso o Estado, enquanto Poder Executivo, não cumpra voluntariamente a prestação que lhe é incumbida, deve-se procurar socorro junto ao Poder Judiciário. Dessa forma, a incontável procura pela efetivação de direitos resulta em um Poder demasiadamente abarrotado, em socorro daqueles que necessitam da implementação de seu direito.

3.1 PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO?

Como visto nos tópicos anteriores, a carência na efetivação dos direitos fundamentais trouxe, em via consequente, um protagonismo excessivo ao Poder Judiciário.

Boaventura de Sousa Santos²⁵ leciona que esse protagonismo tem como causa o desmantelamento do Estado Social e a precarização dos direitos sociais e econômicos, além do que, para atender a demanda necessita de um judiciário eficaz, rápido e independente. O autor acrescenta ainda que a redemocratização, advinda com a promulgação da Carta Política de 88, e o novo marco constitucional deram maior credibilidade ao uso da via judicial como alternativa para alcançar direitos²⁶.

Seguindo o mesmo raciocínio, Luís Roberto Barroso sustenta que a primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante, como vimos acima, a promulgação da Constituição de 1988, “o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um

²³ TOMÉ, Levi Rosa. Menos forma, mais justiça: a necessária simplificação do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.p. 27.

²⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Se Deus fosse um Activista dos Direitos Humanos. Coimbra: Edições Almedina S.A. 2013. p. 18.

²⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça. Coimbra: Edições Almedina S.A.,2014. p.22.

²⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça. Coimbra: Edições Almedina S.A.,2014. p.23.

verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes.”.²⁷

Assim, percebe-se que, o protagonismo do judiciário surge com o processo de redemocratização do país, aliado ao déficit de implementação de políticas públicas aptas a garantir a efetivação dos direitos fundamentais inseridos na Carta Magna.

No entanto, o fenômeno da judicialização não é restrito ao Brasil, pelo contrário: em diversas pesagens da política, as Cortes Constitucionais são chamadas para dirimirem questões que não foram sanadas pelos poderes representados pela via popular. A este protagonismo do Poder Judiciário e a implementação de políticas por este Poder se chama, para a doutrina, de “judicialização da política”. Neste sentido, nos valem da lição de Danilo Pereira Lima:²⁸

Questões de políticas públicas, dilemas sociais e outras controvérsias políticas passaram a ocupar um maior espaço no Poder Judiciário, por meio daquilo que se convencionou chamar de judicialização da política.

Certamente, temas no passado ficavam restrito apenas às instâncias políticas de decisão foram formalizados por procedimentos e regras jurídicas estabelecidas pelo novo constitucionalismo . E isso ocorre(u) principalmente nos casos em que a Administração Pública demonstra uma certa deficiência para concretizar as políticas públicas ordenadas pelo direito.

Nesta direção, Levi Rosa Tomé destaca que, se o Estado Democrático de Direito tem na igualdade material a sua pedra de toque, o que se concretiza pelo respeito aos direitos fundamentais; e se a separação de poderes, equilibrada e harmônica, fomenta e protege esses direitos fundamentais, é pela jurisdição, como poder estatal forte e respeitado, que tudo isso se concretiza.²⁹

Guilherme Fonseca de Oliveira e Fernando de Brito Alves sustentam que “o ativismo se sustenta à medida que - e somente se - o processo político falha na tutela de direitos fundamentais – notadamente no caso das minorias em razão de sua

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cadenj/mod/resource/view.php?id=47743>>. Acesso em: 19 de setembro de 2017. p. 3.

²⁸ LIMA, Danilo Pereira. Constituição e Poder: limites da política no Estado de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015p.59

²⁹ TOMÉ, Levi Rosa. Menos forma, mais justiça: a necessária simplificação do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 37.

baixa participação nesse processo.”³⁰

Na teoria da eficácia indireta ou mediata, os direitos fundamentais são aplicados de maneira reflexa, seja dentro de uma dimensão proibitiva e voltada para o legislador que não poderá editar lei que viole direitos fundamentais ou, ainda, positiva, voltada para que o legislador implemente os direitos fundamentais, ponderando quais devem ser aplicados às relações privadas.

O que se espera do Estado é que ele garanta o mínimo. Resta esclarecer o que seria o mínimo para o ser humano na condição de sujeito de direitos. Segundo Dworkin³¹ o Estado de Direito não deve ser “apenas instrumento de avanço econômico e paz social, mas um símbolo e espelho da igual consideração pública, que nos dá o direito de afirmar a comunidade.”

O Judiciário, representa, para uma sociedade democrática de direito, um socorro, quando a prestação por vias administrativas lhe é negada.

Na teoria da reserva do possível, a prestação proclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Há, em contrapartida, conflito de interesses, na maioria das vezes, como, por exemplo, quando o pleito diz respeito a apenas um indivíduo, e os recursos da administração pública deveriam ter outra destinação que atendessem ao interesse coletivo. Por tais razões, é inescusável a aplicação do princípio da razoabilidade na decisão judicial.

Contudo, tal teoria não deve ser utilizada como barreira para a não realização dos direitos fundamentais. Por assim dizer, Kátia Cristine Santos de Oliveira e Jamille Coutinho Costa, enfatizam³²:

³⁰ OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de; ALVES, Fernando de Brito. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 20, p. 33-45, ago. 2014. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/432>>. Acesso em: 19 de setembro de 2017. p. 8.

³¹ DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 106.

³² OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de. COSTA, Jamille Coutinho. Direito à saúde: da (in)efetividade das políticas públicas à sua judicialização como forma de garantir o mínimo existencial. *Revista de Direito Brasileira*. Vol. 1/2011. p. 77-99. Jul-Dez/2011. *Revista dos Tribunais Online*. p. 8

A teoria da reserva do possível tem sido interpretada como limitação à efetivação de Direitos Fundamentais Sociais em face da incapacidade jurídica do Estado em dispor de recursos para a efetivação do Direito. Essa teoria não pode servir como barreira para a não realização dos Direitos e prestações sociais. Ela não pode ser usada como desculpa para omissão Estatal no campo da efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais. Infere-se, com isso, que não se pode negar a prestação do Direito à Saúde/Vida sob o argumento da indisponibilidade de recursos.

Deste modo, constata-se que o Poder Judiciário, ante a carência de recursos e as deficiências apresentadas na efetivação dos direitos fundamentais por meio de ações do Poder Executivo, acaba- muitas das vezes- por exercer o papel principal em tal cenário, devendo sempre analisar as peculiaridades de cada caso, levando em consideração, além dos postulados axiológicos da reserva do possível e do mínimo existencial, os demais princípios presentes, de forma explícita ou não, na Constituição Federal, dentre eles, o Princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade.

3. O PROCESSO ESTRUTURAL COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Infelizmente, o ordenamento jurídico brasileiro ainda não possui um Código de Processo Constitucional e tampouco um de Processo Coletivo, sendo este último regido pelo microsistema de tutela coletiva, composto pelo CDC, ECA, Lei de Ação Civil Pública, etc.

Também, a realidade dos direitos fundamentais no Brasil é repleta de inúmeras omissões estatais, fato que faz gerar inúmeros problemas estruturais que atingem não apenas pessoas determinadas, mas a coletividade como um todo.

Um exemplo clássico desta desconformidade jurídica foi julgada pelo STF na ADPF 347, mais conhecida como Estado de Coisas Inconstitucional.³³ Neste caso, a Suprema Corte se viu diante de um problema que tem repercussões diretas e indiretas, não sendo o litígio restrito a interesses individuais.

³³ De relatoria do Ministro Marco Aurélio, o STF reconheceu o sistema carcerário brasileiro como um estado de coisas inconstitucional, haja vista a violação maciça de direitos fundamentais impulsionada pela omissão estatal.

Ensina Fredie Didier Jr, Hermes Zanetti Jr e Rafael Alexandria de Oliveira³⁴ ter o processo estrutural as seguintes características essenciais: presença **de litígio estrutural**, cuja solução demanda tempo e uma série de atos de reestruturação; construção de **regime de transição** entre a situação de omissão para a desejada; **procedimento bifásico**, sendo primeiramente detectado o estado de desconformidade e depois a decisão que determina o estado objetivado; existência de **processo flexível**, com utilização de técnicas e procedimentos flexíveis.

Um *leading case* importante na jurisprudência do Pretório Excelso foi o Tema 698, ocasião em que o Supremo reconhece que a omissão estatal, em matéria de direito à saúde, possibilita a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas quando houver deficiência grave ou ausência na prestação de serviços.

Além disto, reconheceu o STF que medidas pontuais- para casos de flagrante omissão- não são aptas a garantir a efetivação de direitos; deste modo, a decisão judicial, como regra, apontar as finalidades a serem alcançadas pela Administração, sem que isto caracteriza violação à separação de poderes.

Em conclusão, a omissão maciça na efetivação dos direitos fundamentais faz com que a jurisdição seja chamada a atuar, sem que isto possa configurar violação à separação de Poderes, sendo o processo estrutural um importante instrumento para a garantia de tais direitos.

CONCLUSÃO

Desta forma, tem-se no Judiciário papel indispensável para a tutela à dignidade da pessoa humana, garantindo ao ser humano o que lhe é de direito, naquilo que lhe esteja ao alcance, através de determinações direcionadas ao Poder Executivo, que de pronto atendimento não exerceu as ações que dele se espera.

Mister se faz destacar que essa resistência do Poder Executivo sobrecarrega o Poder Judiciário, de modo que o que deveria, a princípio, ser a função daquele, passa a depender da imposição deste para se obter a plenitude de determinadas medidas. Porém, não se deve primar pela culpa total, única e exclusiva

³⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 75, p. 101-136, jan./mar. 2020.

da Administração Pública, através de seus governantes, pois vários fatores podem interferir, não podendo ser desprezada a relevância deles.

Consigna-se que o estudo sistematizado da tutela coletiva e a sistemática do processo estrutural são importantes vetores para a consagração dos direitos fundamentais- principalmente os sociais- quando há a omissão das instâncias políticas, não restando outra alternativa ao Judiciário, a não ser a de garantir direitos aos jurisdicionados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental**. Curitiba: Juruá, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em: 13 de julho de 2017.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743>>. Acesso em: 19 de setembro de 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 de julho de 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COSTA, Valquíria. A Separação de poderes: de Montesquieu a Bruce Ackerman, uma mudança no paradigma. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 93/2015. p. 15-35. Out-Dez/2015. Revista dos Tribunais Online.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 75, p. 101-136, jan./mar. 2020.

FERREIRA, Eber de Meira. **Poder judiciário, ativismo judicial e democracia**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/pt-br.php>>. Acesso em: 18 de setembro de 2017.

LIMA, Danilo Pereira. **Constituição e Poder: limites da Política no Estado de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32ª Ed. São Paulo, Editora Atlas: 2016.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania Social na Constituição de 1988 - Estratégias de Posituação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Editora Verbarim, 2009.

OLIVEIRA, Daniel Natividade Rodrigues. FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **Estado democrático de direito, efetivação dos direitos sociais relativos ao trabalho e princípios constitucionais de direito do trabalho. Para um direito democrático: diálogos sobre paradoxos**. Florianópolis, Conceito Editorial, 2006.

OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de; ALVES, Fernando de Brito. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 20, p. 33-45, ago. 2014. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/432>>. Acesso em: 19 de setembro de 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional** – 14. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado** - 16. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

RUSSO, Thiago. LEHFELD, Neide. Controle jurisdicional das políticas públicas que visam concretizar o direito à saúde. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 23. p. 313-331.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Edições Almedina S.A.,2014.

_____. **Se Deus fosse um Activista dos Direitos Humanos**. Coimbra: Edições Almedina S.A. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____. Mark Tshnet e as assim chamadas Dimensões (“Gerações”) de Direitos Humanos e Fundamentais. **Revista Estudos Institucionais**, Vol.2, 2, 2016. Submetido em: 14-12-2016.

STURZA, Janaína Machado; MACIEL, Renata. Democracia, cidadania e direitos humanos: a conjuntura atual do estado democrático de direitos. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 23, jan. 2016. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/642>>. Acesso em: 16 de agosto de 2017.

SILVA, Almiro do Couto. **Conceitos fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo, Malheiros Editores: 2015.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STURZA, Janaína Machado; MACIEL Renata. Democracia, cidadania e direitos humanos: A conjuntura atual do estado democrático de direitos. **Argumenta Journal Law**, 2015. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/642/pdf_105> Acesso em: 16 de agosto de 2017.

TOLEDO, Tallita Massucci. **A saúde mental do empregado como direito fundamental e sua eficácia na relação empregatícia**. São Paulo: LTr, 2011.

TOMÉ, Levi Rosa. **Menos forma, mais justiça: a necessária simplificação do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.