

## Questão Discursiva 02364

Disserte fundamentalmente sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação à fiscalização judicial de políticas públicas de direitos sociais, enfocando os seguintes aspectos fundamentais:

- 1) Parâmetros de sindicabilidade judicial;
- 2) Judicialização da Política e Ativismo Judicial: conceituação, distinções e alcance;
- 3) Princípio da Separação de Poderes e omissão inconstitucional; e
- 4) Decisões aditivas e direitos fundamentais sociais.

### Resposta #004527

Por: **MARIANA JUSTEN** 7 de Agosto de 2018 às 22:44

A Administração Pública pode agir com discricionariedade na implantação de políticas públicas que visem à concretização dos direitos fundamentais, mas também está vinculada a determinadas diretrizes.

Estas diretrizes são baseadas no Estado Social de Direito que é regido pelos princípios da igualdade, legalidade e justicialidade. O princípio da judicialidade ou da inafastabilidade está previsto no art.5, inciso XXXV, da Constituição Federal que estabelece que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, permitindo-se a exigibilidade de implantação de políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Uma vez positivados os direitos sociais e suas garantias, o problema da judicialização de tais direitos não é de substituição do Executivo pelo Judiciário, mas sim de cumprimento da Constituição e de interpretação das normas constitucionais e legais e ainda de observância aos limites da discricionariedade da administração (ex: orçamento).

O juiz está comprometido com a efetividade da Constituição, não pode, no entanto ultrapassar certos limites, sob pena de colocar em risco certos postulados do Estado de Direito.

A intensidade do controle não depende do Tribunal, mas da Constituição, já que o Poder judiciário age como delegado do Poder Constituinte. Nessa qualidade, deve zelar pela observância dos direitos fundamentais.

A Judicialização da Política e Ativismo Judicial não se confundem.

A **judicialização da política** não depende do comportamento dos juízes, mas decorre de um fenômeno social e jurídico em razão de circunstâncias previstas na própria constituição ou no ordenamento jurídico. Uma constituição que garante amplo acesso à justiça, preveja mais direitos fundamentais, prometa uma série de direitos sociais, tem como consequência gerar mais demandas ao poder judiciário na busca pela efetivação desses direitos.

O **ativismo judicial** descreve um comportamento, uma postura mais proativa do poder judiciário em interpretar e aplicar a constituição mesmo em situações não expressamente previstas no seu texto.

O sistema é que propicia maior ou menor grau de judicialização (modelo constitucional), mas é o juiz que pode ser ativista ou não (comportamento).

O ativismo pode se manifestar no afastamento de significado literal de um dispositivo (ex: união estável homoafetiva de norma que estabelece relação entre "homem e mulher"), criação de norma infraconstitucional diante da inconstitucionalidade por omissão (lei de greve da iniciativa privada aplicada aos servidores públicos por analogia), invalidação de norma legal (MP sobre restrição de unidades de conservação é declarada inconstitucional), criação ou alteração de uma norma constitucional (mutação constitucional – prisão após a condenação em segunda instância), imposição de medidas concretas (medicação não contida na lista do SUS).

São argumentos favoráveis ao ativismo: a supremacia da constituição (se está na CF está fora do alcance do poder legislativo/executivo), crise de legitimidade dos poderes (corrupção), defesa das minorias e grupos vulneráveis.

Já os argumentos contrários sustentam que o ativismo judicial viola a separação de poderes, já que o Poder Judiciário estaria adentrando em matéria competência exclusiva do legislativo ou do executivo. Assim, as omissões inconstitucionais deveriam ser supridas pelo poder legislativo, pelo mandado de injunção ou pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não competindo ao judiciário "legislar".

O STF possui entendimento de que a legitimidade da fiscalização judicial da omissão do Poder Público nas políticas públicas deve observar alguns parâmetros, quais sejam, a proibição do retrocesso social, a proteção do mínimo existencial, a vedação da proteção insuficiente e a proibição do excesso.

As decisões aditivas estão relacionadas ao ativismo judicial já que atuam no sentido de suprir a lacuna legal para efetivação dos direitos sociais, garantindo sua aplicação de forma a evitar a procrastinação da aplicabilidade das leis, conferindo segurança jurídica e tornando possível a execução de um direito que não resguardava qualquer eficácia, embora garantido pela CF/88.

## Resposta #004532

Por: **EDUARDO MARTINS** 8 de Agosto de 2018 às 02:34

Os direitos sociais são fundamentais para efetivação do princípio geral da dignidade humana, fundamento da República, previsto no art. 1º da Constituição. Tais direitos são implementados e efetivados progressivamente pelo Estado por meio de políticas públicas. Tais políticas podem ser objeto de controle e limitação pelos demais poderes, inclusive pelo Judiciário na hipótese de lesão ou ameaça de lesão à dignidade humana, sem que para isso ocorra violação ao princípio da separação dos poderes. Sendo assim, em hipóteses específicas, como proteção insuficiente, retrocesso das políticas já adotadas e omissão quanto à garantia do mínimo necessário à existência de uma vida digna, deverá o Judiciário intervir, quando demandado, em ações governamentais.

Em razão dessa progressividade dos direitos sociais, é proibido ao Estado retroceder em garantias e direitos já consolidados por políticas públicas anteriores, pois já foram incorporados ao patrimônio social. Sendo assim, na hipótese de supressão de tais direitos pelo Estado, poderá o Poder Judiciário intervir em políticas de retrocesso para evitar a sucumbência de direitos.

Por outro lado, em um Estado democrático de direito, impõe-se uma postura positiva e progressista dos poderes públicos. Ao Executivo não é lícito, sobre o argumento da reserva do possível, não resguardar suficientemente os direitos sociais, como a saúde, a educação etc. De fato, pois a função precípua do poder executivo é dar uma proteção necessária e adequada aos indivíduos e assim efetivar o princípio da dignidade. A proteção insuficiente, portanto, enseja violação de direitos, não impedido que o Judiciário seja demandado para garantia de uma proteção eficaz.

Esse controle do Judiciário não pode ser excessivo, deve-se respeitar os limites impostos pela Constituição. Além disso, considerando que os recursos são escassos, nem sempre o poder executivo poderá implementar todas as políticas públicas de promoção social. Assim, em sua discricionariedade política que não cabe intervenção judicial, poderá o executivo escolher quais políticas serão implementadas com prioridade. É isso que a doutrina chama de escolhas trágicas da Administração Pública, devendo-se apenas garantir o mínimo existencial do direito considerado não prioritário. Mínimo existencial é o necessário e o adequado para uma vida digna, com a efetivação do núcleo essencial dos direitos sociais fundamentais. Isso é um dever legal do Estado.

Portanto, a judicialização dos direitos sociais tem sua fundamentação na Constituição como dever da República promover a dignidade humana e quanto à garantia de que o poder judiciário apreciará qualquer lesão ou ameaça a lesão a direitos, conforme preceitua o inciso XXXV do art. 5º da lei fundamental.

## Resposta #004742

Por: **thag** 11 de Outubro de 2018 às 21:27

Os direitos sociais, previstos no Art. 6 da Constituição Federal são considerados direitos de segunda dimensão, dos quais necessitam uma atuação positiva do Poder Público, ou seja, um fazer.

Estão elencados constitucionalmente como direitos sociais: a saúde; educação; moradia; lazer; assistência aos desamparados; proteção a maternidade, entre outros. E foi incluído por emenda constitucional o transporte como um direito social.

No entanto, tais direitos devem ser garantidos através de políticas públicas instituídas e realizadas pelos Poderes Executivo e Legislativo. Porém, isso não impede que o Judiciário não intervenha, diante de omissões daqueles Poderes. Daí surge a expressão judicialização das políticas públicas e ativismo judicial. A atuação do Judiciário, a fim de garantir a implementação dos direitos sociais não viola o princípio da separação dos Poderes, uma vez que diante de omissão legislativa e atuação pragmática de implementação de políticas públicas, o Judiciário poderá coagir, no âmbito de sua competência que tais direitos sejam garantidos a população.

Importante lembrar que, conforme STF, tais Poderes não poderão invocar o fundamento da reserva do possível como impossibilidade de implementação de alguns direitos sociais, isso porque tais direitos possuem um núcleo irreduzível chamado de mínimo existencial, que deverão ser assegurados pelo Estado de qualquer forma, nem que tenha que realocar recursos de outros direitos.

Dessa forma, compete ao STF à fiscalização judicial dos direitos sociais previstos na Constituição Federal, cumprindo o princípio a que denomina-se vedação ao retrocesso.