

ACESSO A JUSTIÇA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE DO ATIVISMO E DO GARANTISMO PROCESSUAL

ACCESS TO JUSTICE, FUNDAMENTAL RIGHTS AND PUBLIC POLICY: AN ANALYSIS OF ACTIVISM AND PROCEDURE GUARANTEEISM

Marcos Aurélio Sloniak ¹

RESUMO

A Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição cidadã representou a concretização de diversos direitos, considerados fundamentais, e que deveriam ser propiciados pelo Estado a todos os cidadãos de forma ampla, efetiva e contínua. A realidade que se vislumbra diariamente é totalmente antagônica a previsão legal. Descumprimento generalizado, falta de leis e regulamentações, negativa de disponibilidade de serviços públicos fazem com que essa demanda acabe sendo questionada na via judicial. Esse entrave estatal desafia o papel do Poder Judiciário em amplitude e complexidade. Diante da falta de ação dos poderes Executivo e Legislativo, qual o limite de ação do julgador no processo e os reflexos de suas decisões na satisfação de direitos fundamentais e políticas públicas? Entre a definição ativista ou garantista, os limites de atuação ganham espaço e trazem um cenário de discussão sobre a atuação do Poder Judiciário como garantidor das demandas sociais.

PALAVRAS CHAVE: Acesso a Justiça; Judicialização; Políticas Públicas

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988, known as citizen Constitution represented the realization of various rights considered fundamental, and should be propitiated by the state to all citizens of wide, effective and continuous manner. The reality that sees daily is totally antagonistic legal provision. Widespread failure, lack of laws and regulations, denial of availability of public services make this demand turns out to be questioned in the courts. This state obstacle challenges the role of the judiciary in breadth and complexity. Given the lack of action by the executive and legislative branches, which limit the action of the judge in the process and the consequences of their decisions on the satisfaction of fundamental rights and public policy? Among the activist or guarantees definition, limits of performance gain space and bring a scenario to discuss the performance of the judiciary as guarantor of social demands.

KEYWORDS: Access to Justice; Judicialization; Public Policy

O desenvolvimento econômico contribuiu para uma onda crescente de mutações das classes sociais no Brasil nas últimas décadas. Economia estável, desenvolvimento industrial acelerado e um cenário de ascensão social trazem inúmeros benefícios. Ao tempo em que a estabilidade econômica gera esse aspecto positivo, deflagra demandas por serviços públicos, por

¹ Mestre em Direito pelo Uniceub, especialista em Segurança Pública pela PUCRS e Gestão de Pessoas pela UFRRJ

direitos e garantias previstas nas legislações ou ainda não regulamentadas, as quais dependem dificultam a implementação de políticas públicas.

Como o ritmo de trabalho do Poder Legislativo brasileiro não acompanha as demandas sociais, a ineficiência em suprir a satisfação dos direitos fundamentais previstos, aliada aos desvios de verbas públicas e a morosidade legislativa desencadeiam a busca, pela demanda judicial, da satisfação dessa ineficiência.

Descobre-se então a imensa diferença entre a lei e a dificuldade de abrir portas estatais visando a efetividade dessas políticas. O resultado desagua no Poder Judiciário que passou a ser o grande alento dos excluídos nessa fase de intensificação de direitos e de inércia estatal para acomodar todas as demandas. O que se vê é o crescimento exponencial de demandas judiciais, cobrando a satisfação de direitos que são preteridos, não concedidos ou então até fornecidos, mas aquém do esperado pela sociedade.

Nesse processo, chamado de judicialização, o Poder Judiciário encampa o papel de resolver conflitos, atuando como defensor social e assim começa a decidir, pautado na lei e exigindo providências dos demais poderes. Todavia a decisão proferida também gera consequências negativas. Se em parte satisfaz uma das partes, na outra ponta há possibilidade de outro cidadão ser preterido, haja vista que o argumento do Poder Executivo ao ser demandado judicialmente, continua sendo a falta de recursos para atender a todas as demandas.

Dentro desse embate diário, o Poder Judiciário atua em duas frentes distintas. A primeira, pressionando o Poder Legislativo para que execute seu papel precípua e elabore leis que poderiam amenizar as demandas. Embora a Constituição tenha 25 anos de existência, a relação de matérias e temas importantes que carecem de regulamentação é enorme e contribuem para o aumento da demanda social por satisfação de políticas públicas. A outra frente da atuação judicial é pressionando o Poder Executivo, que ao decidir na aplicação de recursos públicos, não consegue cumprir o estabelecido legalmente, frustrando expectativas, deixando de executar projetos e por vezes diminuído o orçamento previsto para que a economia não desande.

Todavia, a atuação do juiz como julgador tem sido cada vez mais questionada. Não são poucas as discussões sobre o surgimento de um “superpoder”, que estaria a mercê de agir indevidamente frente aos poderes Executivo e Legislativo e com suas decisões, causariam desequilíbrio que norteia a base da formação do Estado, a independência dos poderes.

Assim, a doutrina define duas posições para a postura do julgador: ao decidir, o juiz pode ser considerado “*garantista*” quando opera dentro dos preceitos constitucionais, limitando-se à Constituição para fundamentar suas decisões. Esta posição representa um julgador conservador e não menos eficiente na prestação jurisdicional. Na outra vertente, surge o perfil do julgador “*ativista*”, mais ousado, que gera em suas decisões o dever de cumprimento da previsão constitucional e por vezes é criticado pela forma como age nas lides do processo, com uma postura, para os críticos, que exacerbaria às suas funções.

Fato é que, o Poder Judiciário tem exercido papel importante na democracia e na garantia dos direitos fundamentais e das políticas públicas. Diante de um Poder Legislativo engessado, acomodado e ainda com um Poder Executivo também envolvido em sucessivos escândalos de desvios orçamentários e desmandos diversos na execução orçamentária, coube ao juiz ocupar o papel moralizador deixado às avessas pelos demais poderes da República.

Como que por exaustão, falta de fé em mudanças práticas no cenário político, a população enxerga, na demanda judicial, um apoio na satisfação de seus anseios sociais, suas demandas e expectativas. Não se pode afirmar que esse seja o modelo mais eficiente, contudo, têm sido amplamente procurado e gerado discussões sobre o limite de atuação judicial, em especial no tema políticas públicas.

Aprofundando as características da postura do julgador e as consequências no contexto de acesso a justiça e política públicas, o presente artigo discute as diferentes características de cada postura e os desdobramentos no contexto do processo.

1. UM CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O que se tem a respeito do conceito de política pública em muito é aquele descrito pelas ciências políticas. Todavia, é preciso partir de uma definição do conceito de política pública dentro da ciência do Direito, vez que, em cada campo científico, é possível agregar algumas definições que embora não tenham muita variação, por vezes desfoam uma ou outra definição.

A expressão política pública tem sido utilizada com significados distintos, podendo indicar um campo de atividade, um propósito político bem concreto, um programa de ação ou os resultados obtidos por um programa.

Nessa busca por um conceito mais preciso, a literatura norte-americana estabeleceu três diferentes termos para designar suas dimensões. Segundo SCHIMIDT (2008) para os americanos,

a “*polity*” denota a estrutura institucional do sistema político-administrativo, o sistema jurídico, a máquina administrativa bem como a estrutura e funcionamento dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e o seu aparato burocrático. No sentido inverso, a “*politics*” diz respeito aos processos que compõem a dinâmica política e a competição pelo poder e pelos recursos do Estado, marcada pela cooperação e conflitos entre forças políticas e sociais, dependendo dos assuntos e dos interesses em jogo.

Há ainda um terceiro conceito americano, definido como “*policy*” e que se refere aos conteúdos concretos das políticas públicas. Essa seria a síntese do Estado em ação, focando o resultado da política institucional e processual. Esse foco se materializa em diretrizes, programas, projetos e atividades que visam resolver problemas e demandas da sociedade.

A dinâmica do processo sobre os quais as políticas públicas se realizam, associadas à estrutura política, social ou econômica de um país e condicionadas a uma época determinada, permite constatar fortes relações entre esses três conceitos.

Logo as políticas públicas surgem como instrumento de atuação do Estado na efetivação dos direitos fundamentais, indo além desse objetivo e resultando na diminuição das desigualdades e na inserção social da população como um todo.

Na linha do Direito Público, (DALLARI, 2006, p. 241) define políticas públicas como sendo programas visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

O conceito de política pública, embora ainda incipiente para o jurista, começa a ganhar maior importância, vez que, as demandas sociais e os direitos positivados em Constituições e leis começam a ser demandados em caráter exponencial em busca da efetividade desafiando a cultura legislativa que por vezes torna o direito em mera previsão legislativa.

Assim, a efetivação de direitos deixa de ser mera retórica e passa a ser requerida pela sociedade, demonstrando a necessidade de readequação da ação de cada poder estatal. Essa demanda também afeta substancialmente a esfera judicial, demandado a decidir a ao mesmo tempo, vivenciando o aumento de demandas que poderiam ser evitadas pela maior ação dos poderes dentro de suas atribuições.

Dallari (DALLARI, 2001) também destaca que, além da importância de um conceito que se encaixe na ciência do Direito, é necessário definir o campo de atuação desse conceito e como ele interfere no dia a dia:

Definir como campo de estudo jurídico o das políticas públicas é um movimento que faz parte da onda, relativamente recente, de interdisciplinariedade no direito. Alguns institutos e categorias tradicionais do direito hoje rarefeitos buscam novo sentido ou nova força restabelecendo contato com outras áreas do conhecimento, das quais vinha se apartando desde a caminhada positivista que se iniciou no século XIX. Ter-se firmado como campo autônomo, dotado de objetividade e cientificidade, desafios do positivismo jurídico, é hoje um objetivo até certo ponto superado.

Verifica-se que este tema é recente no campo do Direito, porém afirmar que o Direito esteja alheio a tal influencia não é verdade, haja vista que é cada vez mais comum as legislações pátrias tratarem da participação popular nos processos políticos tais como os previstos na própria Constituição, no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Estatuto do Idoso, Código de Defesa do Consumidor, legislação ambiental entre outras áreas específicas.

Considerando sua diversidade, Schmidt (SCHMIDT, 2008, p. 2313) classifica as políticas públicas em quatro tipos distintos: (i) *políticas distributivas* que consistem na distribuição de recursos da sociedade a determinadas regiões ou segmentos sociais específicos, (ii) *políticas redistributivas* que sintetizam o estilo “Robin Hood”, onde uma determinada renda é retirada de uma camada mais abastada e redistribuída a uma camada menos favorecida socialmente, (iii) *políticas regulatórias* que tem o condão de regular através de documentos diversos a forma de efetivação de uma política e as (iv) *políticas constitutivas ou estruturadoras* que regulam as regras do jogo, ou seja, a estrutura da política e os processos que a envolvem.

Também sobre a diversidade das políticas públicas e do aumento significativo das demandas sociais, Paulo Bonavides (BONAVIDES, 1994) afirma que o aumento de cobrança social demonstra que houve uma significativa mudança, passando da interpretação da Constituição como documento político para uma Constituição normativa, isso é, dotada de força jurídica para a realização dos direitos nela encartados.

2. POLITICAS PÚBLICAS E ATUAÇÃO DOS PODERES ESTATAIS

A ação do Estado na garantia dos direitos sociais se materializa através da implementação de políticas públicas, voltadas a promover o bem-estar da sociedade e suprir suas demandas. Contudo, a formulação de uma política pública é complexa e precisa obter espaço dentro da pauta dos governantes. Logo, nem toda demanda considerada importante acaba efetivada como política pública.

Tampouco as políticas públicas implementadas conseguem atingir a efetividade que a população demanda. Quando estas intercorrências aumentam, gerando a insatisfação social, a

solução encontrada tem sido buscar, na esfera judicial, a satisfação do direito preterido com uma decisão capaz de compelir o Estado a cumprir a norma vigente, que resguarde o direito, em tese, cerceado ou então na concretização da lei, ainda sem regulamentação.

É função precípua do Poder Legislativo e do Poder Executivo levar a efeito as políticas públicas necessárias para a satisfação espontânea dos direitos fundamentais, tanto que, gozam essas formas de expressão do poder estatal de ampla liberdade discricionária, mesmo porque são grandes as variáveis lógicas para a irradiação dos direitos fundamentais sociais. Estas variáveis, entretanto, devem sempre observar os parâmetros dos núcleos de irradiação, (CANELA, 2011, p.148).

Embora as atribuições de cada poder estatal sejam bem definidas, a inércia dos poderes Executivo e Legislativo resulta na recorrência à via judicial como guardião dos direitos preteridos, situação que desperta discussão sobre a atuação judicial e o alcance de suas decisões como forma de compensar a inação dos demais poderes republicanos.

Virgílio da Silva (DA SILVA, 2010) destaca que o aumento de demandas judiciais decorre do fato que, as políticas públicas implementadas pelos Governos, não tem sido suficiente para satisfazer a imensa demanda de uma população carente de serviços em quantidade e de qualidade aceitável, e ainda, pelo fato da constitucionalização de temas que antes eram de caráter político, como a regulação do salário mínimo, das taxas de juros e dos direitos à saúde, moradia e educação.

Essa demanda, para Guedes (GUEDES, 2006, p.84) que simboliza a judicialização, caracteriza o momento em que o direito processual social surge como um direito instrumental, cujo fim é efetivar o direito material social.

Essas diferentes concepções ganham espaço importante, pois ao prover uma decisão sobre determinada demanda, o Poder Judiciário pode gerar um efeito negativo nas próprias políticas públicas que já não funcionam. Nesse sentido surge a decisão, obrigando, por exemplo, uma realocação de recursos sem discriminação da fonte e gerando assim, desequilíbrios maiores que aqueles já existentes pela ineficácia da defesa do direito do cidadão.

Nesse sentido surgem dois questionamentos: (i) o primeiro seria admitir que a previsão constitucional seja mera lógica formal e ideológica, não causando qualquer consequência pelo seu descumprimento por parte do Estado, o que parece uma anomalia sem tamanho.

Por outro lado, (ii) os direitos fundamentais sociais demandam grandes fatias orçamentárias e a sua execução não consegue abarcar todas as demandas, sendo necessário indagar, então, se os juízes teriam legitimidade para intervir nessas questões e com que capacidade poderia intervir?

Sobre tais discussões, Virgílio da Silva (DA SILVA, 2010,) esclarece que, a primeira questão não merece muita demanda discursiva, haja vista que o óbice da atuação judicial em tais casos decorre da expressa proibição constitucional e ainda feriria a independência de poderes. Sobre a segunda questão, ele defende que o Poder Executivo, mesmo com todos os contratempos, continue a gerir e decidir as questões afetas à elaboração e execução das políticas públicas, vez que, o cobertor é curto e a falta de condições para atender à todas as demandas é problema cada vez mais sério e comum em diversos países.

Corroborando essa preocupação, de um poder estatal atuar, ferindo a autonomia de outro, e defendendo a autonomia de cada poder estatal, haja vista a definição e a importância de cada poder republicano, Dallari (DALLARI, 2006, p.250) também ressalta:

Parece relativamente tranquila a ideia de que as grandes linhas das políticas públicas, as diretrizes e os objetivos são opções políticas que cabem aos representantes do povo e, portanto, ao Poder Legislativo, que as organiza sob forma de leis para a execução pelo Poder Executivo, segundo a clássica tripartição das funções estatais em legislativa, executiva e judiciária.

Entretanto, a realização correta das políticas públicas demonstra que o próprio caráter diretivo do plano ou do programa implica a permanência de uma parcela da atividade formadora do direito nas mãos do governo Poder Executivo, perdendo-se a nitidez da separação entre os dois centros de atribuições.

Mas além da atuação invasiva ou não do poder judiciário, surgem argumentos importantes que destacam a inércia de um poder, como justificativa para que a atuação judicial tenha espaço. Nesse sentido, TAVARES (TAVARES, 2011), destaca que, o Estado, desde a sua concepção como ente, sempre foi o provedor natural de direitos dos homens e as formas de poder que se entrelaçam em seu interior sempre geram conflitos, sendo esta a razão pela qual, quando se discute o tema, certamente se defronta com a questão da interferência estatal.

Todavia, para o autor, o Poder Legislativo, a quem em tese caberia à regulação das normas visando resguardar a soberania estatal continua inerte diante de tais demandas e por vezes se anula diante de outro poder, transformando-se em mero referendador de medidas provisórias do Poder Executivo:

Diante de um legislativo engessado, qual a solução a ser tomada pelo judiciário para que o executivo não exerça o poder soberano e para a pacificação social?

Sem mencionar os casos de relação de poder fora do alcance estatal, os quais ocorrem independentemente da vontade do Estado diariamente dentro das comunidades pobres e periféricas seja nos confins do interior do país, seja nas favelas das grandes cidades.

Assim, embora acolhidos pela Constituição Federal, os direitos fundamentais, conquistados pela sociedade, estão sob contínuo descumprimento pelo Estado, e, atualmente, sob o escopo de doutrinas jurídicas que buscam justificar esse descumprimento.

Referindo-se também sobre a dificuldade de atuação do Poder Legislativo no momento atual e corroborando pela necessidade de atuação do Poder Judiciário, sem que haja qualquer interferência invasiva, Dobrowolski (DOBROWOLSKI, 1995, p. 95) defende:

O legislador também sofre de gigantismo no Estado Contemporâneo. É chamado a interferir em tudo, usando a lei como instrumento para solução de problemas. Os diplomas legais se multiplicam, em profusão. Como tudo que é feito para atender a pressão dos acontecimentos, e em grande quantidade, o resultado, sob o aspecto qualitativo, nem sempre é o melhor. Regras mal redigidas, conflituosas, com pouca durabilidade.

Eis aí, outro desafio ao Poder Judiciário: mover-se, com razoabilidade, dentro desse cipoal legislativo, que lembra o emaranhado dantesco constituindo “selva selvagem, densa e forte” Cabe-lhe desfazer as antinomias, compor as incoerências, dar sentido a essas normas, para permitir-lhes aplicabilidade.

Barroso (BARROSO, 1993, p.56) destaca uma dessas “mazelas” legislativas que se tornam ineficazes. Ao fazer menção da discrepância entre a previsão legal e a efetivação do direito constante no artigo 227 da Constituição Federal² que trata do dever de proteção a criança e ao adolescente o jurista destaca que “esse dispositivo é inútil e exagerado, pela impossibilidade de concretização, e complementa: se não serve para nada, não deveria estar na Constituição.”

Assim, quando esses direitos fundamentais não restam protegidos, surge então a necessidade de buscar a interferência do Estado Juiz, como forma de proteção àquilo que está escrito, mas não foi cumprido como deveria, ou seja, espontaneamente pelo próprio Estado. Essa intervenção judiciária cada vez mais requisitada fez nascer um novo vocábulo definido por “judicialização” ou “privatismo judiciário”, cujo significado e efeitos passam a fazer parte das discussões doutrinária sobre os limites da atuação no processo.

² Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais, (...).”

3. A JUDICIALIZAÇÃO COMO ALTERNATIVA À INERCIA ESTATAL

Judicializar significa levar a demanda ao Poder Judiciário para que esse analise a questão. Nesse caso, a decisão judicial gera o direito que deveria em tese estar sendo legislado pelo Poder Legislativo, mas que, diante da inércia, ainda não foi efetivado juridicamente. Significa ainda, cobrar do Poder Executivo, a implementação de determinada ação, prevista em lei, e que, por falta de recursos ou outro motivo alegado, ainda não tenha sido implementada.

A judicialização vai além, pois pode significar também, a transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, argumentação e no modo de participação da sociedade, referindo-se também à atuação protagonista do Supremo Tribunal Federal, inclusive na escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.

A judicialização é mais bem visualizada no cotidiano quando se depara com a inércia do Poder Legislativo, fato que gera maior interferência quantitativa e qualitativa do Poder Judiciário na vida social, política e econômica da sociedade, analisando e decidindo a respeito de questões de grande repercussão política e social, as quais não foram resolvidas pelas instâncias políticas tradicionais.

Com a judicialização surge o questionamento: o Juiz estaria apto e seria competente para atuar sem que houvesse uma interferência indevida em outro poder estatal?

Sobre essa discussão, TAVARES (TAVARES, 2011, p.139) defende que não se pode falar em democracia sem o cumprimento dos direitos fundamentais do cidadão, cabendo ao operador do direito, diminuir a distância social entre o que está escrito e o que é vivenciado no que diz respeito à noção de justiça social, tendo como base a Constituição Federal.

No mesmo sentido Dalmo Dallari (DALLARI, 2008, p. 91) enaltece a atuação dos juízes, os quais, segundo o autor, são legitimados pelo povo a decidir sobre temas graves como a liberdade, o patrimônio e a situação familiar, bem como toda a gama de direitos fundamentais da sociedade, sendo essa atuação indispensável na vida social pelo valor que resulta a decisão judicial.

Embora se debata qual seria o limite do juiz ao reconhecer um direito fundamental violado ou ainda em obrigar a satisfação desse direito, o que em tese geraria um descompasso no planejamento da política pública lesada, há duas visões distintas sobre essa forma de agir e que

divide a atuação judicial em (i) *garantista* ou (ii) *ativista*, a depender da forma como o juiz age nos limites do processo.

Segundo Ramos (RAMOS, 2010, p.116), ao se mencionar o “*ativismo judicial*”, o que se está a referir, seria a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa. Para ele, não se pode é fechar os olhos para o aumento das discussões sobre os limites da atuação do magistrado quando se invoca a lesão a um direito fundamental.

Essa discussão por vezes tem causado muito desconforto político, sendo taxada como intervenção indevida e ilegal do Poder Judiciário nos demais poderes, não faltando defensores que vejam na ação dos juízes um risco iminente de ferir a autonomia de cada poder.

Uma das recentes “*troca de farpas*” entre os poderes judiciário e legislativo foi a propositura de Emenda à Constituição, submetendo as decisões judiciais do STF à apreciação legislativa antes de entrarem em vigor, o que acirrou os ânimos entre as duas esferas, sendo motivo de murmurinhos pelos especialistas que ousam debater a intromissão ou não do poder judiciário na esfera legislativa.

É fato que a atuação exacerbada deve encontrar uma acomodação natural, haja vista que os inúmeros holofotes sobre o poder judiciário acabam por comprometer a visão de imparcialidade de suas decisões. Em que pese a inércia de outros poderes, a atuação judicial não pode e certamente não será tão invasiva a ponto de comprometer o diálogo esperado, contudo a credibilidade abalada do Poder Legislativo alimenta os anseios daqueles que vêem no poder judiciário, a salvação da omissão estatal.

4. A POSTURA DO JULGADOR NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS

A discussão que ganha espaço no meio acadêmico brasileiro já foi tema discutido noutras décadas em países diversos, tendo como um dos pontos iniciais dessa controvérsia, a questão alemã do Princípio do Mínimo Existencial que levou ao judiciário daquele país, uma demanda cuja decisão interferiu no rumo do Estado e gerou uma das correntes utilizadas para definir a linha de discussão ora enfrentada.

Glauco Gumerato (GUMERATO, 2010) esclarece esse dualismo divisório na doutrina processo civilista brasileira, com disputas e polêmicas doutrinárias, as quais, por vezes acabam por apartar os processualistas em verdadeiras trincheiras ideológicas. Para Glauco, o debate

"ativismo judicial" *versus* "garantismo processual" é bastante intenso e conhecido por toda América espanhola, inclusive com relevante repercussão na Europa (Espanha, Itália e Portugal), porém sobre o tema, pouco ou quase nada é tratado pela doutrina do processo civil brasileiro,

E segue o autor, esclarecendo que o *ativismo judicial* defende postura mais contundente da atividade judicial para resolver problemas, as quais não contam com adequada solução legislativa, "outorgando ao juiz um poder criativo, que em última análise valoriza o compromisso constitucional da jurisdição, ainda que não haja previsão legal que o autorize na respectiva atuação".

Já o *garantismo processual* defende maior valorização da categoria fundamental *processo*, e conseqüentemente da cláusula constitucional do "*due process*", de modo a valorizar a ampla defesa, o contraditório e a imparcialidade do juiz, como os pilares de legitimação da decisão jurisdicional a ser decretada.

Assim, entre as trincheiras criadas pelos defensores das duas correntes, cabe uma análise mais aprofundada de juristas que trataram do tema visando entender a definição e a limitação de cada postura judicial no processo e que se divide em *garantista* ou *ativista*.

4.1 A postura Ativista do julgador

Para aqueles que defendem a postura *ativista* do juiz, a atuação do magistrado no processo pode ir além do que a lei define, inclusive atuando em áreas diversas e não se limitando aos fatos da lide processual. Assim, poderia um juiz requisitar provas de ofício para esclarecer determinada demanda, mesmo a contra gosto das partes, fato que incomoda os *garantistas* haja vista que tal postura, considerada arrojada, poderia resultar no partidarismo do julgador prejudicando as partes envolvidas.

Adroaldo Fabricio (FABRICIO, 1993, p.30) defende o *ativismo*, afirmando que ele sintetiza enorme transformação no papel das partes no processo. Para o autor, forçosamente há de encontrar correspondência em um incremento acentuado dos poderes do juiz, cujo papel há de ser tanto mais ativo quanto menos "duelístico" for o processo.

Na visão de Adroaldo, "um Juiz contido pela camisa-de-força do formalismo rígido é Juiz que, mesmo capacitado a vislumbrar o justo, não o pode realizar". Resta clara, para os que defendem tal postura, a legalidade da atuação do julgador, flexibilizando as normas sem que isso

resulte em prejuízo as partes. Antes, o julgador estaria amplamente capacitado para agir, de forma a atender a finalidade do processo, mesmo que sua ação signifique certo arrojo.

Assim, faz-se necessário armar-se o juiz de autoridade e de rito, para ver e tratar concretamente, segundo suas peculiaridades o caso concreto, tarefa precipuamente afeta à esfera de atribuições de legislador.

Enquanto o legislador não se sensibiliza pelo tema, nada impediria que a interpretação criativa cometida aos juízes, não contra a lei, mas a favor dos seus fins, combata a paralisia crônica e a pétrea indiferença das casas legislativas quanto aos assuntos da Justiça.

Contudo é preciso que se acompanhe com parcimônia a efetividade do poder do juiz em cada caso, visando evitar anomalias jurídicas que contrariem o direito efetivo de atuação no processo com foco prioritário na responsabilidade e na qualificação dos juízes.

Batista Lopes (BATISTA LOPES, 1984, p.24) ao comentar o tema, destaca que a postura *ativista* somente ratifica que, os poderes conferidos ao juiz, não constituem privilégios ou vantagens outorgados à pessoa do Magistrado, mas se destinam a assegurar a real e efetiva prestação jurisdicional. Destaca o autor:

Sobreleva notar, pois, que a ampliação dos poderes do juiz não significa restrição aos direitos dos advogados e das partes, mas implica, ao revés, maior prestígio àqueles e maior segurança a estas. Com efeito, o fortalecimento da Magistratura não deve ser visto como uma finalidade *stant a se*, mas como um meio de se alcançar a prestação jurisdicional efetiva e qualificada.

Quando tivermos um Poder Judiciário forte e autônomo, teremos também uma Advocacia valorizada e qualificada, com resultados benéficos a todos os jurisdicionados.

Por fim, ele destaca que o prestígio à atuação do magistrado representa uma jurisdição forte e qualificada, com a qual, certamente, as partes estarão melhores protegidas com a prestação jurisdicional, inclusive quando os advogados das partes deixarem a desejar, o que também conferiria ao juiz o direito de orientar a parte com defesa menos qualificada, visando a igualdade processual.

Verifica-se que os defensores de um *ativismo judicial* defendem postura mais contundente da atividade judicial para resolver problemas, os quais, às vezes, não contam com adequada solução legislativa. Para estes, o juiz deve atuar para resolver problemas no curso do processo, e isso independente da diligência da parte em postular pelas respectivas soluções. Haja ou não autorização legislativa para disciplinar os limites da atuação do juiz, o exercício do *poder*

da jurisdição habilitaria o juiz a buscar, a qualquer custo, fazer "justiça" nos casos que lhe são submetidos.

Ainda sobre o ativismo, TAVARES (TAVARES, 2011, p.155) afirma que, nas sociedades contemporâneas, onde as relações sociais são muito mutantes e descoladas da noção da justiça, caberá ao juiz adequar a aplicação da Constituição à realidade das ruas. Para o autor, nos casos de descumprimento dos direitos fundamentais, a separação dos poderes deve ser relativizada para atender a sociedade.

Numa linha moderada, Greco (GRECO, 2008) define bem o papel esperado do juiz no processo, agindo sem preconceito com juízos de valor já definidos, sobre situações pela procedência ou improcedência das alegações das partes antes que estas tenham tido a mais ampla oportunidade de influir na formação da sua convicção. Nesses casos, caso o juiz não atente para esse zelo, a sua imparcialidade estaria comprometida.

Por fim entre uma ponta e outra da atuação judicial é certo que, nos dizeres de Miguel Reale, entre um extremo e outro, a verdade pode ser o meio termo, devendo o juiz ser considerado livre, não dentro da lei, mas em função dos fatos e fins que dão origem ao processo normativo, caracterizando um saber pensar em cada caso a ser julgado, sem que isso fira a lei ou extrapole os poderes do julgador.

4.2 A postura garantista do julgador

Um dos defensores do garantismo, Barbosa Moreira (BARBOSA MOREIRA, 2007) entende que, conceder muitos poderes ao órgão judicial, é visto por um setor da doutrina como exacerbação indevida do elemento publicístico do processo e intolerável manifestação de autoritarismo.

Esse é o cerne da linha garantista, para os quais, as coisas andariam melhor se deixadas aos cuidados do próprio litigante. Nenhum juiz, afirmam, pode saber mais sobre o que convém fazer ou não fazer do que os titulares dos interesses em conflito.

Para Barbosa Moreira, a atuação indiscriminada do julgador sintetiza comparações relacionadas às legislações autoritárias, emanadas de governos ditatoriais e avessos aos direitos fundamentais.

Na concepção garantista é preciso repelir juízes que não se contenham na estrita observância de seu papel, em tese na passividade, vez que, ao extrapolar as lides de sua função,

estariam se aventurando a buscar, por iniciativa própria, dados capazes de propiciar-lhes conhecimento mais completo dos fatos relevantes para a decisão.

Na linha garantista, não cabe ao julgador se utilizar de dados privados, alheios ao processo para julgar a demanda, antes, deve se ater as provas dos autos, sendo muito claro o papel das provas nesse sentido. A prova produzida, o é pela parte, a quem o fato aproveita.

Quando não vem aos autos a prova de algum fato relevante, pode o juiz distribuir o ônus de sua comprovação entre o autor e o réu, e também, por sua própria iniciativa, ordenar a realização de prova destinada a suprir a lacuna, porém sem que isso caracterize uma intervenção judicial além daquela prevista constitucionalmente.

Alvarado Velloso (ALVARADO VELLOSO, 2005) destaca que o garantismo é o modelo descrito na Constituição Federal, não cabendo outra interpretação sobre o tema, sendo desejável que o juiz se mostre “mais comprometido com o seu tempo e decidido a viver perigosamente, com a verdade e com a justiça, que se empenhe em respeitar e fazer respeitar a todo o custo as garantias constitucionais”.

Glauco Gumerato (GUMERATO, 2010) ressalta que, para o garantismo, o processo é um método no qual o resultado dependerá do efetivo debate entre as partes e de sua diligência em melhor manejar a respectiva atividade ao buscar uma valorização da categoria fundamental “processo”, de modo a valorizar a ampla defesa, o contraditório e a imparcialidade do juiz, como os pilares de legitimação da decisão jurisdicional a ser decretada.

E prossegue o autor, o *garantismo* processual pode ser definido como uma posição doutrinária firme, aferrada quanto à manutenção da irrestrita vigência da Constituição e, com ela, da ordem legal vigente no Estado, de modo que, tal ordem, se adéque com plenitude às normas programáticas dessa mesma Constituição.

Em outras palavras, os doutrinadores que assim entendem, não buscam um juiz comprometido com certas pessoas, ou seja, alguns grupos de pessoas ou coisa distinta da Constituição, mas sim um juiz que se empenhe em respeitar a todo custo às garantias constitucionais.

Ao observar esse respeito, entendem que será alcançada a garantia da segurança jurídica a que todos fazem jus como postulado constitucional democrático de tal modo que, as investidas do *ativismo judicial*, abalariam essa dinâmica de funcionamento das coisas, com o

comprometimento, não apenas do devido processo legal, mas também da segurança jurídica que se espera seja mantida pela ordem constitucional.

Um dos maiores defensores do *garantismo* processual, o Professor Monteiro Arouca (AROUCA, 2006) afirma que: “só se pode conceder poder a um juiz se as partes tiverem esse mesmo poder”. Arouca se posiciona contrário à questão de iniciativa probatória por parte do juiz e do princípio da boa fé processual. Para ele, enquanto o juiz *ativista* tem dificuldade em descobrir qual a divindade que lhe outorgou esse poder, o *garantista* tende a ser mais zeloso no julgamento das causas ao aplicar a lei.

Ou seja, os *garantistas* defendem que é temerária a substituição do processo, como método de debate, pela manifestação *ativista* do juiz, que acaba pondo de lado certas garantias constitucionais em nome da solução que lhe parece mais "justa" ao caso concreto.

Contudo, e mais uma vez, de modo a fomentar o debate, Arouca destaca que os *garantistas* não trabalham com a hipótese de que muito além do devido processo legal, a ordem constitucional consagra um série de outros valores/garantias, que, ao invés de se repelirem, se integram e necessitam conviver harmonicamente para que, a tutela jurisdicional, seja útil e proveitosa ao jurisdicionado que se socorre do Poder Judiciário na efetivação do seu direito.

Afinal de contas, e outra vez voltando os olhos para a Constituição brasileira de 1988 verifica-se que, da mesma maneira que se garante a ampla defesa, o contraditório, a imparcialidade do juiz, e todas as demais garantias decorrentes da cláusula do devido processo legal, esta mesma Constituição, também garante, por exemplo, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o compromisso da *jurisdição*, de atuar de modo a evitar lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV), a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVII).

E o balanço de tudo isso, não há dúvida, conspira contra os posicionamentos maniqueístas que apartam por completo o *ativismo judicial* do *garantismo processual*, embora se possa identificar ora um e ora outro em cada processo sem que signifique uma exacerbação de poder ou descumprimento legal, o qual continua a vincular o julgador em qualquer caso.

5. CONCLUSÃO

A medida que aumentam as demandas judiciais, é certo que recai sobre o Poder Judiciário a palavra final ao cumprir a prestação jurisdicional invocada.

O que se verifica nos últimos anos é um constante crescimento de demandas que deveriam ser implementadas através de políticas públicas e muitas vezes estão emperradas pela lerdeza do Poder Legislativo ou pela incompetência do Poder Executivo, que gere mal os recursos e com isso dificulta a implementação de direitos.

No lado oposto, o clamor social por melhorias e cumprimento dos dispositivos legais desafia e abarrotta os tribunais, compelidos a decidir sobre a lei, pelo cumprimento dela e muitas vezes com suas decisões, acabam sendo questionados sobre os limites de uma decisão proferida, haja vista o efeito que tal decisão passa a ter, não só na efetivação pleiteada, mas em todo o contexto social existente na demanda.

Embora haja previsão constitucional da apreciação de qualquer fato pelo Poder Judiciário, ainda parece obscura a delimitação da atuação do juiz nas demandas referentes às políticas públicas, vez que não se definiu doutrinariamente o limite de sua decisão sem que as suas decisões abalem o equilíbrio da autonomia dos poderes no Estado Democrático do Direito.

De um lado, a judicialização é bem-vinda, vez que, o cidadão não pode ter seus direitos cerceados ou preteridos em função da inércia legislativa. Todavia, uma intromissão do Poder Judiciário na prestação jurisdicional, além daquela esperada, pode acarretar desigualdades ainda maiores em relação aos direitos vindicados.

Entre essas duas vertentes, a atuação judicial no processo ganha espaço, sendo discutível qual o limite dessa atuação. Ativistas e garantistas encontram respaldo para suas teses, sob o argumento de que o juiz deve pautar sua atuação dentro dos limites já expressos em lei, passando pela ideia de que a atuação judicial de forma mais ousada, não representa afronta a previsão legal, antes fomenta o livre convencimento ao seu extremo o que resultará em uma decisão mais justa na demanda.

Mas o melhor resultado entre essas duas correntes, tem sido os reflexos que as decisões judiciais começam a produzir nos demais poderes, ao estimular a pasmaceira legislativa e executiva, cobrando resultados e estimulando a formulação de leis para suprir a lacuna existente e que motivou a demanda judicial. Para os “incomodados”, o argumento que tais atos representam intervenção indevida e abalam os sedimentados padrões de autonomia de poderes perde o sentido e estimulam a valoração da eficiência de cada poder, ainda tão distante do seio social.

Enquanto essa omissão não é superada, a sociedade precisa de respostas, de resguardo de direitos e da implementação de suas demandas, não restando por ora, alternativa ao judiciário a não ser a manifestação pela demanda que lhe é apresentada.

Contudo, entre uma postura mais tradicional e outra mais arrojada, fica nítido nas visões exploradas, tanto em um segmento quanto em outro, que há meio termo natural a ser invocado na atuação do julgador.

Esse bom senso deve prevalecer em cada caso, afinal, não atentar para essa questão, significa inundar a sociedade de decisões sem valor efetivo o que certamente geraria uma frustração a valorosa credibilidade do Poder Judiciário. Num outro extremo, é preciso que os poderes Executivo e Legislativo cumpram o seu papel em prol da sociedade com maior efetividade, com seriedade e comprometimento, sob pena de desestabilizar toda a sociedade que carece de leis sérias e capazes de permitir a efetivação dos direitos.

Assim, a atuação judicial, a duras penas tem conseguido sensibilizar os demais à responderem, a se posicionarem e agirem, alertando que, se a omissão não for corrigida, o Poder Judiciário lembrará dessa ineficiência, afinal, a apreciação levada aos tribunais continua livre e sendo cada vez mais demandada, o que demonstra que a população, carente de ações efetivas, vê nessa atuação, um alento para suas necessidades.

6. REFERÊNCIAS

ALVARADO VELLOSO, Afonso. **Garantismo processual contra actuación judicial de oficio.**

AROUCA, Juan Monteiro. **Processo Civil e Ideologia: Un prefacio, uma sentencia, dos cartas y quince ensaios.** Tirant. Valencia: lo Blanch, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Neoprivatismo no processo civil.** Temas de Direito Processual nona série. São Paulo: Saraiva, 2007

BARROSO, Luís Roberto. Proteção do meio ambiente na Constituição brasileira. **Revista Trimestral de Direito Público.** São Paulo: Malheiros, 1993.

BATISTA LOPES, João. Os poderes do Juiz e o aprimoramento da Prestação Jurisdicional. **Revista de Processo.** vol. 35.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. **Direitos Humanos e políticas públicas.** São Paulo: Polis, 2001. Disponível em: <www.polis.org.br>. Acesso em: 20 jul. 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 2008.

DOBROWOLSKI, Silvio. A necessidade de ativismo judicial no Estado contemporâneo. **Seqüência: estudos jurídicos e políticos**. Florianópolis.1995.

FABRICIO. Adroaldo Furtado. As novas necessidades do Processo Civil e os Poderes do Juiz. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 7. 1993.

GUEDES, Jeferson Caruz. Direito Processual Social no Brasil: As primeiras linhas. **Revista Latinoamericana de Derecho Social**, v.2, Universidad Nacional Autónoma de México: México, 2006.

GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no Processo Civil. **Revista de Processo**, n. 164, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GUMERATO RAMOS. Glauco, Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, ano 18, n. 70, abr. / jun. 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial, parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHMIDT, João Pedro. **Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. Direitos sociais e políticas públicas**. Desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso. **O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculos à realização dos direitos sociais, Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TAVARES, Marcos Aurélio Romagnoli. **Ativismo Judicial e Políticas Públicas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Editor, 2011.

ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.