

A TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE DO PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DO PODER JUDICIÁRIO

THE JUDICIAL PROTECTION OF SOCIAL RIGHTS: NA ANAYSIS OF THE THE ROLE OF PUBLIC ADMINISTRATION AND JUDICIAL POWER.

Helena Grassi Fontana¹

Resumo: O presente artigo tem por objetivo discutir e instigar a análise sobre a importância e o papel da Administração Pública e do Poder Judiciário, enquanto responsáveis e guardiões da efetivação dos direitos. Além disso, analisa a tutela jurisdicional dos direitos sociais, o que pode representar um confronto com princípios basilares do direito e das estruturas do Estado. Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, houve no Estado brasileiro a adoção do modelo denominado de tripartição dos poderes. Contudo, para que esse modelo exista, faz-se necessário que cada um dos poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, cumpra os atos correspondentes às suas funções. Porém, algumas vezes ocorre a confusão entre as funções destes poderes, que acabam por não ser tão harmônicos e independentes entre si. Em conclusão, percebeu-se que o papel da Administração Pública e do Poder Judiciário são indissociáveis e fundamentais para a manutenção do bem-estar social. Para investigar e analisar o tema, o problema e as hipóteses levantadas, foi utilizado o método indutivo na fase de investigação; na fase de tratamento de dados será o cartesiano e indutivo. Foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica, bem como os estudos das disposições legais sobre o tema e os entendimentos apresentados pela doutrina pátria.

Palavras-chaves: Poder Judiciário. Administração Pública. Direitos Sociais.

Abstract: *The article has the objective of discuss and investigate the analysis about the importance and role of the Public Administration and the Judiciary Power how responsible and guardians of the effectuation of these rights. Furthermore, do an analysis about the judicial decisions about it, what can mean an confrontation with fundamental principles of law and State structures. With the promulgation of the Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988, there was in the Brazilian State the adoption of the so-called tripartite model of powers. However, for this model exists, it is necessary that each of the powers, Executive, Legislative and Judicial, follow the actions corresponding to their functions. Although, sometimes there is the confusion between the functions of these powers that end up not being as harmonics and independent. In conclusion, it was noted that the role of Public Administration and the judiciary are inseparable and essential to the maintenance of social welfare. To investigate and analyse the issue, the problem and the hypotheses, it was used the inductive method for the research; the data processing phase will be the Cartesian and inductive. The techniques of the referent were triggered, the category of operational concepts, the literature and the study of legal provisions on the subject and understandings submitted by homeland doctrine.*

Keywords: Judiciary. Public Administration. Social Rights.

¹ Advogada; Bacharel em Direito pela UNIVALI; Bacharel em Administração Pública pela UDESC; Pós-Graduada em Direito Público Pela UNIVALI. Pós-Graduada em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera; Mestre em Cultura Jurídica: Seguridad, Justicia y Derecho pela Universidade de Girona – Espanha; Mestre em Cultura Jurídica: Seguridad, Justicia y Derecho pela Universidad Austral de Chile – Chile.helenafontana@hotmail.com Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/2252017320075712>>.

1 INTRODUÇÃO

Considerando o atual cenário da sociedade brasileira, onde o cidadão encontra-se diretamente ligado ao Estado e dependente dele, é notória a importância de análise e apontamento de alternativas que venham a garantir a efetivação dos direitos sociais para o cidadão quando estes não forem atendidos pela própria Administração Pública na execução de suas políticas públicas.

Nessa diáspora, vislumbra-se a possibilidade de se recorrer ao Poder Judiciário, guardião dos direitos sociais. Nesse contexto, emerge o objeto do presente trabalho, qual seja, a análise da tutela judicial dos direitos sociais e o papel da Administração Pública e do Poder Judiciário.

Por isso, primeiramente, objetiva-se compreender quais são os papéis da Administração Pública e do Poder Judiciário. A partir daí adentra-se na figura da tutela judicial no que se refere aos direitos sociais, e, em seguida, elucidar-se-á acerca da (in)efetividade das decisões judiciais a fim de desfragmentar os seguintes questionamentos: qual a competência do Poder Judiciário para a efetivação dos direitos sociais quando não garantidos pela Administração Pública? Qual a efetividade das decisões judiciais quando condenam a Administração Pública? Qual o alcance da tutela judicial para a efetivação dos direitos sociais?

A justificativa e importância do tema podem ser visualizadas quando observado que sua conclusão pode contribuir com o progresso da ciência jurídica, principalmente na área do Direito Administrativo. Na busca de manter os princípios e direitos fundamentais sociais estabelecidos pelo Estado, vem a somar no campo de inovação e propostas quanto à efetivação dos direitos fundamentais sociais e a necessária superação do Poder Judiciário.

Quanto à metodologia empregada na pesquisa científica, esta se realizou pela base lógica Indutiva², utilizando as Técnicas do Referente³, da Categoria⁴, do Conceito Operacional⁵ e da Pesquisa Bibliográfica⁶, incluindo doutrina e jurisprudência.

2 O PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Sobre o conceito de Estado, suas estruturas e atividades, repousam toda a concepção de organização e funcionamento dos serviços e da própria Administração Pública.

Em sentido amplo, a administração pública compreende no conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade.⁷

A Administração é, pois, toda a estrutura estatal preordenada tendo como fim a realização de serviços para a satisfação das necessidades coletivas.

2 "[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]". PASOLD, Cesar Luis. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. 11. ed. Florianópolis: Conceito editorial/Millennium, 2008. p. 86.

3 "[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa". Ibid. p. 53.

4 "[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia". Ibid. p. 25.

5 "[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]". Ibid. p. 37.

6 "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. Ibid. p. 209.

7 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 64.

A Administração não pratica atos de governo; pratica, tão-somente, atos de execução, com maior ou menos autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes. São os chamados atos administrativos.⁸

Basicamente, a Administração Pública pode ser analisada sob dois aspectos:

- a) Critério formal, orgânico ou subjetivo: estrutura estatal, a expressão Administração Pública deve ser grafada com as primeiras letras em maiúscula.
- b) Critério material, funcional ou objetivo – é a atividade administrativa propriamente dita ou a função administrativa, desenvolvida mediante as entidades, os órgãos os e agentes.

Diante da dificuldade de se identificar a atividade administrativa, Carvalho Filho (2010), leciona:

[...] a função administrativa tem sido considerada de caráter residual, sendo, pois, aquela que não representa a formulação da regra legal nem a composição de lides *in concreto*. Mais tecnicamente pode dizer-se que função administrativa é aquela exercida pelo Estado ou por seus delegados, subjacentemente à ordem constitucional e legal, sob regime de direito público, com vistas a alcançar os fins colimados pela ordem jurídica.⁹

Ou seja, a atividade administrativa objetiva realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado¹⁰. Assim, a atividade administrativa, por um critério de exclusão, é toda a atividade pública não adequada à função jurisdicional (que é inerte e não direta) e à legislativa (que é abstrata e não concreta). Isso porque não é próprio da atividade administrativa inovar a ordem jurídica (próprio da legislativa), já que não cria normas gerais e abstratas (próprio da atividade legislativa), e sim corresponde à conversão da norma em ato com efeitos concretos, sendo ainda direta porque independe de provocação, além de não produzir coisa julgada, o que é típico da atividade jurisdicional.

3 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

Pelo Estado brasileiro, foi adotado o referencial ético que deu origem à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Ao filiar-se a este sistema ético de referência, o Estado comprometeu-se em proteger integral e irrestritamente os direitos humanos, por meio da satisfação dos bens considerados soberanos e fundamentais à vida por toda a humanidade.

A institucionalização dos direitos humanos,¹¹ por meio de sua positivação, resultou na filiação, pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao sistema de referência, consoante claramente demonstra seu artigo 3º.

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

⁸ Ibid. p. 65.

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.5

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 40.

¹¹ HAYDEN, Patrick. Apud CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle Judicial de Políticas Públicas. 2011.p.89.

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹²

Assim, fica claro que o objetivo traçado pelo Estado brasileiro é o de guardar os direitos fundamentais, por meio da completa salvaguarda dos bens da vida por eles protegidos.

Neste contexto, o Poder Judiciário encontra-se umbilicalmente ligado à efetivação dos direitos fundamentais. Este papel que se lhe impõe é o da efetivação dos direitos fundamentais por meio dos mecanismos processuais que se encontram em seu domínio.

O papel do Poder Judiciário é então indispensável e, quando chamado, não pode negar-se à apreciação de violação a direito fundamental causada pela ação ou pela omissão por parte da Administração Pública.

O Poder Judiciário possui arbitrariedade dos demais poderes e não representa figura meramente contemplativa. A importância dos direitos fundamentais, em especial os sociais, é tamanha que deve ser, pois, o compromisso ético de maior relevância do Poder Judiciário.

Nesse contexto, surge a indagação sobre a possibilidade de invocação do princípio da separação dos poderes para a não apreciação da pretensão do titular do direito fundamental social pelo Poder Judiciário. Porém, o desenho institucional presidencialista determinado pela Constituição Federal de 1988 conferiu estatuto de poder ao Judiciário, que durante o Regime Militar não gozava de independência nem de autonomia, não se tratando, de fato, de um poder independente.¹³

Assim, o Poder Judiciário deixou de ser um mero aplicador da letra fria da lei para configurar-se como um agente político concretizador. Ademais, passou a ser sua competência o controle da constitucionalidade e o arbitramento de conflitos porventura existentes entre os demais poderes.

Além disso, considerada a constitucionalização de um amplo leque de direitos individuais e supra individuais, ocorreu um alargamento das competências do Poder Judiciário. Com a responsabilidade de resguardar direitos e de assegurar o respeito do ordenamento jurídico, o Poder Judiciário, intérprete das leis, assumiu posição de grandeza.

Observa-se que, não há decisão, quer proferida pelo Executivo, quer aprovada pelo Legislativo, que não seja passível de apreciação judicial, conforme explícito pela própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXV, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito¹⁴.

No que se refere ao papel do Poder Judiciário quando o debate é a proteção dos direitos fundamentais, colhe-se o ensinamento da doutrina:

O Poder Judiciário cumpre um determinante papel na construção, proteção e garantia da efetividade dos direitos humanos, dentro da tradicional estrutura tripartite de poderes herdada da modernidade. Se uma sociedade na qual a cidadania se realiza é aquela que tem amplo acesso aos direitos, significa afirmar que estes direitos são realizados ou respeitados, e também que, quando são violados, aos mesmos é atribuída a devida proteção e garantia jurisdicional, o que torna a questão do papel do Judiciário um ponto central das discussões sobre o tema dos direitos humanos e, ainda mais, da eficácia dos direitos humanos.¹⁵

12 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 13 nov. 2012.

13 SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 15.

14 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 13 nov. 2012.

15 BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O Direito na Pós-Modernidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

Dessa forma, o Poder Judiciário apresenta-se como o tutor dos direitos sociais, devendo ser chamado quando houver a omissão por parte da Administração Pública.

4 A TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS

O direito, como ciência que é, necessita da interpretação e de um aprofundado estudo sobre o ordenamento jurídico. Com isso, o operador do direito, em seu papel de operador do direito e concretizador das disposições normativas abstratas, deve buscar sempre o aperfeiçoamento das normas jurídicas, transcendendo muitas vezes seus limites materiais e formais para alcançar seus reais fundamentos principiológicos.

Assim, é fundamental inicialmente compreender o direito em toda sua complexa teia jurídica e não somente a partir das normas considerada isoladamente¹⁶. Os princípios¹⁷ e as regras interagem entre si com tamanha intensidade que não se pode, nem se deve separar completamente os temas dentro das classificações e conceitos jurídicos.

É consabido que na história de sobrevivência do ser humano, os homens passaram a viver em sociedade com o objetivo de assegurar a vida, pois dessa forma teriam mais chances de sobreviver. Em decorrência dessa relação social entre os homens, surgiu então a necessidade de que houvesse regras regulamentadores desse convívio. Neste momento, nascia então o Estado, com papel regulador do convívio e norteador das normas que são a base ordenadora da sociedade. Assim, ficou o Estado responsável pela manutenção do bem-estar e da paz social.

No intuito de cumprir com a missão que lhe foi confiada, o Estado, por seus atos, deve organizar seu funcionamento e o funcionamento da sociedade que o contém, a fim de que sejam garantidos os bens da vida. Deve, dessa forma, torna-se o garantidor dos direitos fundamentais e sociais por ele mesmo elencados e que devem ser por ele concretizados em forma de prestação de serviços à comunidade na busca do bem comum.

Contudo, se tais direitos não forem efetivados pelo Estado por sua própria expressão de poder, tem-se como missão do Poder Judiciário seu cumprimento. Do plano de observação constitucional, pautada na decisão primária do constituinte, passa-se ao plano técnico-jurídico, mediante a identificação das posições e pretensões jurídicas relativas aos direitos fundamentais a serem tutelados.¹⁸

O debate a respeito da efetivação dos direitos fundamentais gera enormes expectativas quanto à tutela jurisdicional dos bens mais caros à sociedade pós-moderna. Direitos estes que tiveram sua trajetória iniciada com sua positivação no rol de direitos fundamentais previstos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, passam pelos núcleos constitucionais de irradiação, tornam-se o objetivo do Estado brasileiro e terminam sua jornada somente com sua plena satisfação.

No exercício da jurisdição constitucional, evidentemente na modalidade difusa de controle de constitucionalidade, o Poder Judiciário irá se concentrar exclusivamente na detecção do direito subjetivo constitucionalmente assegurado (direitos fundamentais em todas as suas “dimensões” ou “gerações”) e na verificação da satisfação, ou não, do bem da vida. Caso o bem da vida reste comprovadamente não satisfeito, estará configurada a lesão ao direito fundamental social e, por via de consectário lógico, o provimento jurisdicional determinará a respectiva reparação.¹⁹

16 Poderíamos imaginar um ordenamento composto de uma só norma? Penso que a existência de tal ordenamento deva ser excluída. BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 31.

17 Enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem o campo do saber. [...] “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da praxis. REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 305.

18 DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos Humanos e Cidadania. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004, p. 23.

19 CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle Judicial de Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74.

Tem-se que é competência do Poder Judiciário o exame da existência da relação jurídica material e a verificação da ocorrência de lesão causada em virtude da omissão das formas de expressão do poder estatal. Uma vez havendo omissão na prestação por parte do Poder Executivo, com suas políticas públicas e ações que são por vezes ineficazes, resta configurada a lesão e nasce então a pretensão de o cidadão ofendido tê-la garantida. Surge então o interesse de agir, o direito de ação em face do Estado e a proteção judicial do direito fundamental.

A partir do comando judicial que veio a condenar o Estado à adequação da efetivação do direito lesado, cabe ao poder estatal o seu cumprimento. No entanto, nota-se que por vezes as decisões judiciais não são cumpridas pelo Poder Executivo, que fundamenta-se em princípios para esquivar-se de seu cumprimento.

Deste modo, o aprofundamento do estudo sobre as funções estatais com a tripartição dos poderes e as responsabilidades estatais é crucial para que se compreenda o real e atual papel do Estado, conforme será percebido com o seguir da pesquisa. Para tanto, requer-se uma análise geral dos dispositivos constitucionais, elencando direitos e garantias, bem como as leis e doutrinas, para então perceber as falhas que podem ocorrer no que tange à efetivação dos direitos fundamentais e o (des)cumprimento das decisões judiciais por parte da Administração Pública.

Considerando os papéis exercidos pelo Poder Judiciário e pela Administração Pública quanto à efetivação dos direitos sociais, fica perceptível que ambos os lados dispõem de argumentos e trabalho de peso.

Assim, tem-se o cenário de que caso a Administração Pública seja omissa em seu papel, ou seja, não seja efetiva na manutenção dos direitos sociais, o papel do Poder Judiciário torna-se ainda mais importante e toma a frente, agindo de forma a garantir a efetivação dos direitos por meio da jurisdição.

É consabido que o Poder Judiciário, por sua função, age mediante provocação. E também, que em se tratando da tutela dos direitos sociais, apresentam-se com colossal frequência as medidas judiciais que, como se sabe, congestionam a Judiciário.

São casos que certamente necessitam de uma decisão célere do magistrado, que fica incumbido do árduo trabalho de julgar as causas que, por vezes abrangem outras áreas das ciências que são de baixo conhecimento por parte dos magistrados operadores da ciência jurídica.

As decisões judiciais exigem por demasia dos magistrados, e também cautela quando dos julgamentos. Até mesmo porque determinar o sentido e o alcance de uma determinada norma e especificar a sua aplicação a um caso concreto, de algum modo sempre implica poder normativo não muito distinto daquele existente no próprio ato de legislar.²⁰ Assim, é também relevante considerar a relação existente entre os universos jurídico, relativo ao Poder Judiciário e político, inerente à Administração Pública.

O Direito é uma realidade social. É um componente das atividades humanas marcado, como todas as atividades humanas, pela cultura e pelas formas de organização de cada sociedade. Mas é uma realidade singular. Ele é a um só tempo o reflexo de uma sociedade e o projeto de atuar sobre ela, um dado básico do ordenamento social e um meio de canalizar o desenrolar das relações entre os indivíduos e os grupos. O Direito adere, assim, intimamente ao estado da sociedade por ele representada, mas dela se distingue para exercer sua missão de organização, sua tarefa normativa. Se o Direito é uma realidade social, é também uma teoria ativa da sociedade, uma avaliação do que existe cuja meta é determinar o que deverá existir. Portanto, o Direito é uma realidade social de feição dupla. Como teoria, como modo de encarar as relações sociais, ele produz grande quantidade de saberes apropriados. Como forma de organização, produz instituições e especializa a seu serviço certo número de membros da sociedade.²¹

20 FARIA, José Eduardo. Os Desafios do Judiciário. Revista USP. São Paulo: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, n. 21, p. 47-57, 1994, p. 49.

21 ASSIER-ANDRIEU, Louis. O direito nas sociedades humanas. São Paulo: Martins Fontes, 2000. V.11.

Deste modo, reconhece-se que os operadores do direito têm como missão primeira e fundamental a efetivação das garantias fundamentais do indivíduo, assegurando a este viver de forma digna, atendidas suas necessidades.

Nas palavras de Campilongo, sobre a relação entre o cidadão e o Judiciário:

A expectativa é de que, na ânsia de fazer do Judiciário um bastião não da forma da lei, mas sim do conteúdo do Direito, os magistrados não se arvoreem na condição de novos demiurgos das aspirações nacionais. Ampliar os poderes do Juiz (o que parece ser uma tendência mundial) não significa transformá-lo numa figura arbitrária. [...]

Parece existir, por enquanto, uma via de mão dupla na relação entre o Poder Judiciário e o cidadão. O cidadão deposita no Judiciário a confiança que perdeu nos outros Poderes. E os Magistrados dão guarida às pretensões dos que buscam os tribunais.²²

Assim, considerando o fato de que o ponto de partida para a efetivação dos direitos sociais seria a elaboração e o cumprimento de políticas públicas, tem-se que o Poder Judiciário será invocado, caso essas políticas não sejam cumpridas ou sejam cumpridas de maneira a não garantir o que deveriam da maneira que deveriam.

Neste momento no qual o Poder Judiciário toma a frente das necessidades do cidadão para compelir a Administração Pública a cumprir com seu papel, mostra-se plausível a discussão a respeito da possibilidade do Chefe do Poder Executivo ser forçado, por decisão judicial, a dar cumprimento às políticas públicas.

A atuação administrativa está sujeita a dois limites essenciais, quais sejam, o interesse público e a legalidade. Necessário o Judiciário observar a lei não apenas formalmente, mas também a observar substancialmente, nos seus direcionamentos. Daí as afirmações de que a razoabilidade/ proporcionalidade podem ser vistas como desdobramentos da legalidade, chamada legalidade substancial. Em outros termos, através do princípio da proporcionalidade / razoabilidade, modernamente concebe-se a cláusula do devido processo legal, no seu sentido substancial, como um mecanismo de controle axiológico da atuação do Estado e seus agentes. Por isso constitui instrumento típico do Estado Democrático de Direito, de modo a impedir toda restrição ilegítima aos direitos de qualquer homem sem um processo previamente estabelecido e com possibilidade de ampla participação. Os atos administrativos só estarão cumprindo a lei se realmente se mantiverem dentro dos padrões da razoabilidade e proporcionalidade. Se não se mantiverem, esses atos serão ilegais, não estarão realizando os objetivos da lei. Mesmo que formalmente aparentem legalidade, serão ilegais se não tiverem se mantendo dentro dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Há também na doutrina alemã a expressão "proibição do excesso" que para muitos é sinônima desses princípios. Desta forma, em determinadas situações é possível um controle da discricionariedade administrativa, como no caso de implementação de políticas públicas, desde que se tratem de políticas públicas específicas, socialmente necessárias e constitucionalmente exigidas.²³

No ensinamento de Cláudia Maria da Costa Gonçalves:

Analisar a possibilidade de se reivindicar direitos fundamentais sociais, diretamente a partir da dicção ou da normatividade constitucional, é matéria que desafia uma série de obstáculos. Dentre eles, ressaltam-se: o Judiciário não é o gestor do orçamento geral das entidades federadas e, por conseguinte, em um só processo não se pode discutir e ter a visão global dos quadros de receitas e despesas públicas; por outro lado, o Judiciário, considerando-se o regime constitucional democrático – pluralista, não pode, em igual medida, ser o idealizador solitário das políticas sociais. A isso cabe agregar, em suma, que a função judicante não tem competência para, de maneira ampla,

22 CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Judiciário e a democracia no Brasil. Revista USP. São Paulo, n. 21, p. 116-125: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994, p. 121.

23AUTRAN, Marcos Felipe Holmes. Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial. Disponível em <<http://www.escriptorioonline.com>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

definir o conjunto das políticas públicas. [...] Mas que fique registrado. Se o Judiciário não pode formular e executar políticas sociais, pode, contudo, controlá-las sob o prisma constitucional, especialmente no que tange ao núcleo dos direitos fundamentais. É dizer-se: alguns direitos fundamentais sociais podem ser reivindicados em juízo, sem que isso afronte qualquer estrutura de competência constitucional ou cerceie os pilares da democracia pluralista.²⁴

Há que se destacar neste momento, até que ponto seria cabível a tutela jurisdicional no intuito de buscar a efetivação dos direitos sociais de modo que a intervenção do Judiciário não se caracterize como uma afronta à divisão e independência dos poderes que constituem o Estado Democrático de Direito.

Preparado somente para lidar com questões rotineiras e triviais, nos planos cível, comercial, penal, trabalhista, tributário e administrativo, por tratar o sistema jurídico com um rigor lógico-formal tão-intenso que inibe os magistrados de adotar soluções fundadas em critérios de racionalidade substantiva, o Judiciário se revela tradicionalmente hesitante diante das situações não-rotineiras; hesitação essa que tende a aumentar à medida que, obrigados a interpretar e aplicar os direitos humanos e sociais estabelecidos pela Constituição, os juízes enfrentam o desafio de definir o sentido e o conteúdo das normas programáticas que expressam tais direitos ou considerar como não-vinculante um dos núcleos centrais do próprio texto constitucional. É aí, justamente, que se percebe como os direitos humanos e sociais, apesar de cantados em prosa e verso pelos defensores dos paradigmas jurídicos de natureza normativa e formalista, nem sempre são tornados efetivos por uma Justiça burocraticamente inepta, administrativamente superada e processualmente superada; uma Justiça ineficiente diante dos novos tipos de conflito – principalmente os "conflitos-limite" para a manutenção da integridade social; ou seja, os conflitos de caráter inter-grupal, inter-comunitário e inter-classista; uma Justiça que, revelando-se incapaz de assegurar a efetividade dos direitos humanos e sociais, na prática acaba sendo conivente com sua sistemática violação. É aí, igualmente, que se constata o enorme fosso entre os problemas socioeconômicos e as leis em vigor.

Trata-se do fosso revelado pela crônica incapacidade dos tribunais de aplicar normas de caráter social ou de alargar seu enunciado por via de uma interpretação *praeter legem*, com finalidade de fazer valer os direitos mais elementares dos cidadãos situados abaixo da linha de pobreza.²⁵

Assim, ao que se nota é que o Poder Judiciário deverá sempre exercer com protagonismo o seu papel de garantidor efetivo dos direitos sociais, não podendo deixar o cidadão desamparado quando da inefetiva implementação de políticas públicas.

Alguns paradigmas que antes serviam de escudo à isenção do Poder Judiciário, sobretudo em fases caracteristicamente marcadas pelo liberalismo e pela ideologia burguesa, hoje, tornam-se empecilhos à realização da justiça. Eram seus paradigmas: a distância política do magistrado; a tripartição estática de poderes; o julgamento cego conforme a lei; o formalismo procedimental; a equidistância dos juízes das partes; o impedimento de produção de provas pelo juiz, característico do chamado processo inquisitivo, entre outros. Tem-se, portanto, que considerar a necessidade de re-adequação do Poder Judiciário, para o cumprimento de suas metas, às necessidades imediata e gritantemente presentes no sentido da politização de suas funções, algo que, na prática, por vezes, já ocorre, mas que, em teoria, ainda parece ser uma ideia inaceitável.²⁶

24 GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. Direitos Fundamentais Sociais: releitura de uma Constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2006. p. 216.

25 FARIA, José Eduardo. Os Desafios do Judiciário. Revista USP. São Paulo: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, n. 21, p. 47-57, 1994. p. 50.

26 BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O Direito na Pós-Modernidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 311.

Muito embora as possibilidades para o protagonismo do Poder Judiciário sejam altas, sua concretização, sua amplitude e seus impactos dependerão de impulsos provenientes da própria magistratura. No que se refere à atuação da magistratura, devem ser consideradas as características dos próprios magistrados, ou seja, traços idiossincráticos, relacionados à mentalidade, à cultura e principalmente a percepção de seu papel.²⁷ Há que se fazer um balanço de ponderações quando da decisão de lides que busquem a garantia de direitos não regulados ainda pela ação estatal.

Ao Poder Judiciário cabe a missão de não se distanciar dos interesses sociais, ficando aberto às decisões que repercutirão na vida dos cidadãos e julgando os caminhos que serão trilhados pela própria sociedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a presente pesquisa, pôde-se averiguar que por vezes, o próprio Estado, responsável pela manutenção da paz social e pela garantia dos direitos individuais e coletivos, torna-se anêmico e incapaz de assegurar a efetividade das prestações. Dessa forma, é quase que inevitável que venham a ocorrer falhas, sejam elas institucionais ou organizacionais.

Sobre o sistema jurídico e administrativo percebe-se que no que concerne a questionamentos sobre possíveis falhas de execução das políticas públicas por parte da Administração Pública, estas vêm a afrontar os fundamentos pelos quais o Estado foi erigido. Estas falhas vêm então a ser corrigidas de maneira suplementar pelo Poder Judiciário, quando das tutelas judiciais que obrigam a Administração Pública a cumprir com as obrigações inerentes ao seu papel.

Ressaltou-se que a realidade é o resultado de um conjunto de fenômenos institucionais e históricos que atuam no sentido de propiciar fortes incentivos à atuação do Poder Judiciário na arena pública e em especial no que diz respeito à efetivação dos direitos sociais. Isto porque se verificou que o protagonismo judicial encontra respaldo em variáveis recorrentes do desenho institucional e da amplitude dos direitos legalmente reconhecidos.

A partir das problemáticas propostas, demonstrou-se que o tema necessita de maiores debates e de um protagonismo cada vez maior por parte do Poder Judiciário, considerando o atual contexto político e social e a realidade jurídica do país.

Assentou-se que a relação entre os papéis da Administração Pública e do Poder Judiciário é indissociável e previsível. E que a efetividade das tutelas judiciais referentes aos direitos sociais é um gesto reverente e solidário de apreço à vida das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.

REFERÊNCIAS

- ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. V.11.
- AUTRAN, Marcos Felipe Holmes. **Discrecionariade administrativa e controle judicial**. Disponível em <<http://www.escriitoronline.com>>. Acesso em: 20 mar. 2014.
- BITTAR, Educado Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 13 ago. 2012.

27 SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena política: um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 19.

- CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Judiciário e a democracia no Brasil. **Revista USP**. São Paulo, n. 21, p. 116-125: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994.
- CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.
- FARIA, José Eduardo. Os Desafios do Judiciário. **Revista USP**. São Paulo, n. 21, p. 47-57: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994.
- GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais: releitura de uma Constituição dirigente**. Curitiba: Juruá, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 11. ed. Florianópolis: Conceito editorial/Millennium, 2008.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena política: um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 1-32.