

A NECESSIDADE DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO PARA A EFETIVA IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS EM FACE DOS EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E DO NEOLIBERALISMO¹

THE NEED FOR PERFORMANCE OF THE JUDICIARY AS LEGISLATOR POSITIVE FOR EFFECTIVE IMPLEMENTATION OF FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS IN FACE OF ECONOMIC EFFECTS OF GLOBALIZATION AND NEOLIBERALISM

Rodrigo de Carvalho²

SUMÁRIO: Introdução; 1 Globalização econômica, neoliberalismo e seus problemas; 2 A tripartição de poderes no contexto constitucional brasileiro; 3 Os princípios da reserva de consistência e da reserva do possível na concretização judicial da Constituição; 4 A atuação do Poder Judiciário como legislador positivo para a efetivação de Direitos Sociais Fundamentais; Considerações finais. Referências das fontes citadas.

RESUMO

Este artigo apresenta como principal foco de análise a possibilidade de o Poder Judiciário intervir como legislador positivo com vistas à efetivação e concretização de Direitos Sociais Fundamentais, principalmente na atual quadra da história, onde, além da incompetência e omissão das autoridades públicas em cumprir com seu dever constitucional, os efeitos problemáticos da globalização e do neoliberalismo, que também atingem categorias nucleares tradicionais do Estado-nação, acabam por prejudicar e muitas vezes inviabilizar a efetiva concretização de tais Direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Globalização econômica; Neoliberalismo; Estado-nação; Poder Judiciário; Legislador Positivo.

¹ O presente artigo é produto das investigações realizadas durante as aulas da disciplina Teoria do Estado e da Constituição, do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, ministrada pelo Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold no semestre 2012.2.

² Doutorando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Coordenador do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Tributário da UNIVALI. Advogado e professor.

CARVALHO, Rodrigo de. A necessidade de atuação do poder judiciário como legislador positivo para a efetiva implementação de direitos sociais fundamentais em face dos efeitos da globalização econômica e do neoliberalismo. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012.* Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

ABSTRACT

This article presents the main focus of analysis the possibility of the Judiciary act as positive legislator aiming at realization and implementation of the Fundamental Social Rights, especially in the current block of history, where, besides the incompetence and failure of public authorities to comply with their constitutional duty, the problematic effects of globalization and neoliberalism, which also affect nuclear categories of traditional nation-state, end up harming and often derail the effective implementation of such rights.

KEYWORDS: Economic globalization; Neoliberalism; Nation-state; Judiciary. Positive legislature; Fundamental Social Rights.

INTRODUÇÃO

O objetivo geral do presente artigo consiste em analisar a possibilidade da atuação do Poder Judiciário como legislador positivo com vistas à efetiva implementação dos Direitos Sociais Fundamentais, tendo como principal pano de fundo os efeitos da globalização econômica e do neoliberalismo. O artigo estrutura-se a partir de uma metodologia integrada pelos seguintes elementos: o método de investigação e a base lógica do relato dos resultados foi o indutivo³. Na fase de tratamento de dados, foi utilizado o método cartesiano, optando-se pelas técnicas⁴ da categoria⁵, do referente⁶ e da pesquisa bibliográfica⁷.

O problema central da pesquisa está relacionado à possibilidade e à necessidade da atuação do Poder Judiciário como legislador positivo para que se obtenha a efetiva implementação de Direitos Sociais Fundamentais, notadamente no atual momento

³ O método indutivo consiste em “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-los de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 11. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium, 2008, p. 86.

⁴ Entende-se técnica como “[...] um conjunto diferenciado de informações reunidas e acionadas em forma instrumental para realizar operações intelectuais ou físicas, sob o comando de uma ou mais bases lógicas de pesquisa”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. p. 88-89.

⁵ Nesta pesquisa, categoria deve ser entendida como “[...] a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. p. 25.

⁶ “Referente é a explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto final desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática, p. 54.

⁷ Para este artigo, entende-se como conceito de pesquisa bibliográfica a investigação “[...] em livros, em repertórios jurisprudenciais e em coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. p. 209.

CARVALHO, Rodrigo de. A necessidade de atuação do poder judiciário como legislador positivo para a efetiva implementação de direitos sociais fundamentais em face dos efeitos da globalização econômica e do neoliberalismo. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012.* Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

histórico, marcado pelos efeitos da globalização econômica e do neoliberalismo. A hipótese do problema está fundamentada na necessidade de se imprimir certa dose de ativismo judicial com vistas à gradativa implementação dos Direitos Sociais Fundamentais, o que está a exigir a presença de um Poder Judiciário forte, independente e comprometido com os valores e as conquistas históricas da Sociedade brasileira, de tal forma que se possa garantir a concretização e a efetivação dos Direitos Sociais Fundamentais toda vez que os Poderes Executivo e Legislativo, por omissão, incompetência ou pelas pressões decorrentes dos efeitos da globalização e do neoliberalismo, não cumprirem com seu papel constitucional.

Abordar o tempo em que se vive não é tarefa fácil. Como pontualmente afirmou Araújo⁸, discutir este tempo é “transitar entre o dissenso e o consenso”.

Sob a perspectiva histórica, os Direitos Sociais Fundamentais se traduzem em direitos entrelaçados às lutas e embates sociais, sobretudo no que concerne ao reconhecimento de uma melhor qualidade de vida, tendo por grande bandeira a luta por igualdade e liberdade reais no sentido de que todos os cidadãos têm o direito de desfrutar de iguais oportunidades. Na essência, tais Direitos consistem em prestações positivas que são concedidas pelo Estado, no objetivo precípuo de proporcionar melhores condições de vida aos cidadãos mais fracos e carentes na Sociedade⁹, almejando a efetiva realização da isonomia de situações socialmente desiguais.

No entanto, é inegável que, nos dias atuais, a efetivação e concretização dos Direitos Sociais Fundamentais vêm encontrando cada vez mais dificuldades, sobretudo em face da força avassaladora da globalização econômica e da doutrina neoliberal, cujos principais fundamentos, que influenciam fortemente o direito e a política, acabam por flexibilizar e muitas vezes aniquilar importantes conquistas sociais.

Nessa diretriz, o presente artigo analisará a possibilidade da intervenção e atuação do Poder Judiciário como legislador positivo sempre que os demais Poderes forem omissos e/ou inertes na efetivação dos Direitos Sociais Fundamentais. Além disso, será também abordada a questão relacionada aos problemas relativos à legitimidade

⁸ ARAÚJO, Roseana Maria Alencar de. Espaços públicos transnacionais e cidadania global: uma interlocução preliminar entre Ulrich Beck, Paulo Cruz e Liszt Vieira. *In: PASOLD, Cesar Luiz (org.). Primeiros Ensaios de Teoria do Estado e da Constituição.* Curitiba: Juruá, 2010, p. 91.

⁹ A palavra “Sociedade” será escrita neste artigo com a inicial em letra maiúscula pelo fato dela – a Sociedade – ser anterior ao próprio Estado.

CARVALHO, Rodrigo de. A necessidade de atuação do poder judiciário como legislador positivo para a efetiva implementação de direitos sociais fundamentais em face dos efeitos da globalização econômica e do neoliberalismo. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

dessa atuação do Poder Judiciário, bem como os limites em relação aos princípios hermenêuticos da reserva de consistência e da reserva do possível.

O grande desafio consiste em saber: a) de que forma poderá ser alcançada a efetividade de tais Direitos Sociais Fundamentais no Brasil, principalmente diante do fenômeno da globalização econômica e do neoliberalismo; b) qual o real papel do Poder Judiciário nesta questão; c) qual a importância da oitiva e da participação da população neste processo e; d) Quais os efeitos, consequências e críticas que advém desta atuação excepcional do Poder Judiciário.

Diante da transformação do cenário político, social e jurídico, urge analisar cada uma destas variáveis no intuito de se colaborar para a construção de um direito que, sintonizado com o novo tempo, tenha o condão de preservar os Direitos Sociais Fundamentais e, mais ainda, assegurar sua efetivação.

1 GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA, NEOLIBERALISMO E SEUS PROBLEMAS

Um dos entraves que impossibilita que o Estado disponha de receita financeira suficiente com vistas à aplicação em políticas públicas que diminuam a desigualdade entre os segmentos sociais, permitindo a realização do bem comum, é a globalização econômica, que se constitui numa das espécies da chamada globalização em sentido amplo. Discorrendo sobre o processo histórico da globalização, Viviani¹⁰ entende que:

O fenômeno da globalização não é novo; afinal, os homens interagem e se deslocam pela superfície do Planeta, desde os grandes impérios da antiguidade, como aconteceu na expansão e deslocamentos no Império Romano, passando ainda pelo período das navegações e descobertas por Espanha e Portugal no Século XV, na abertura de relações com a China, nas dominações e colonizações provocadas pelos europeus no continente africano e na Ásia, enfim, por todas as movimentações, intercâmbios e confrontos de ideias, valores, pessoas, culturas e bens.

¹⁰ VIVIANI, Maury Roberto. Soberania e Poder do Estado no contexto da globalização. In: PASOLD, Cesar Luiz (org.). **Primeiros Ensaios de Teoria do Estado e da Constituição**. p. 80.

CARVALHO, Rodrigo de. A necessidade de atuação do poder judiciário como legislador positivo para a efetiva implementação de direitos sociais fundamentais em face dos efeitos da globalização econômica e do neoliberalismo. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012.* Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Como ressalta Beck¹¹, a globalização alterou expressivamente o modo de vida das pessoas, que passaram a poder se deslocar entre pontos distantes num tempo antes inconcebível, tendo a possibilidade de se comunicar com pessoas em qualquer parte do globo de forma simultânea e em tempo real, podendo também adquirir produtos de outros países a preços extremamente baratos. Moeda, informações, tecnologia e mercadorias ultrapassam as fronteiras como se elas não existissem.

Ponto a ser destacado é que toda esta alteração depende da utilização das novas tecnologias de transporte, equipamentos eletrônicos e de comunicação, que possuem um custo financeiro que pode ser suportado apenas por aqueles que têm melhores condições econômico-financeiras. Dito de outro modo, na linha do que apregoa Beck¹², a globalização aumentou a desigualdade entre as classes sociais, uma vez que as riquezas se acumularam entre os mais abastados, ao passo que as classes socioeconômicas menos privilegiadas ficaram cada vez mais pobres.

O que pode ser percebido, como assinala Grau¹³, é que os benefícios decorrentes da modernização não estão disponíveis a todos os membros da Sociedade, uma vez que a globalização criou novos tipos de exclusão social, acirrando ainda mais a competitividade entre os indivíduos.

Discorrendo sobre alguns dos efeitos da globalização, Orselli¹⁴ pondera que:

A televisão, que transmite não apenas os programas locais, mas também, programas de canais estrangeiros, e os demais meios de comunicação estimulam o consumismo, o pensar em si e a ideia de que o trabalho é mais importante do que a família. Prega-se que cada um deve buscar a felicidade individual, o seu sucesso profissional, afrouxando os laços de solidariedade inclusive entre os familiares, criando uma cultura individualista, na qual as pessoas são valorizadas pelo que têm e pela profissão que exercem e não, pelo que são.

¹¹ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo e respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 47. Título original: Was ist globalisierung?: Irrtümer des globalismus: Antworten auf globalisierung.

¹² BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo hacia una nueva modernidad.** Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2006, p. 50. Título original: Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne.

¹³ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** 13 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 52.

¹⁴ ORSELLI, Helena Maria Zanetti de Azevedo. Importância do planejamento e da execução de políticas públicas pelo Estado brasileiro, voltadas ao alcance do bem comum, no cenário da globalização econômica. *In: PASOLD, Cesar Luiz (org.). Primeiros Ensaios de Teoria do Estado e da Constituição.* p. 40.

CARVALHO, Rodrigo de. A necessidade de atuação do poder judiciário como legislador positivo para a efetiva implementação de direitos sociais fundamentais em face dos efeitos da globalização econômica e do neoliberalismo. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012.* Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

As novas tecnologias passaram a permitir a produção com menor quantidade de trabalhadores, exigindo muitas vezes, deste remanescente, qualificação para operar equipamentos industriais e tecnológicos, ocasionando redução geral de postos de trabalho, principalmente para aqueles trabalhadores com pouca qualificação.

Além disso, como observa Beck¹⁵, os novos meios de comunicação, principalmente à distância, alteraram substancialmente a administração das organizações públicas e privadas, sendo plenamente possível que reuniões ocorram por videoconferência, com ofícios e outros documentos sendo transmitidos em tempo real pela internet, possibilitando também que vários serviços no Poder Público e nos estabelecimentos bancários possam ser prestados eletronicamente, aumentando ainda mais a falta de postos de trabalho no mercado formal.

Por força dos novos meios de comunicação e de transporte, as tradicionais fronteiras do Estado nacional são facilmente ultrapassadas, possibilitando que as empresas possam decidir livremente, com base na expectativa de lucros, em que país se instalarão, com tal escolha sempre direcionada para países com leis trabalhistas mais flexíveis, com órgãos sindicais mais fracos, impostos mais baixos e mão de obra mais barata. Para Faria¹⁶, como muitas das empresas são multinacionais, devido à influência das agências reguladoras da economia, as decisões relacionadas a aspectos econômicos, na atualidade, escapam do poder de decisão do Estado, já que a globalização lhe tirou a capacidade de regular o mercado, enfraquecendo o seu poder.

Aliás, sobre os efeitos da globalização na estrutura do Estado enquanto responsável pela efetivação dos Direitos Sociais Fundamentais, Viviani¹⁷ ressalta que os mercados tornaram-se massificados e transnacionalizados com o fluxo de capitais e a internacionalização do sistema financeiro, formando também os grandes conglomerados econômicos que afetam a estrutura estatal clássica do Estado-nação, construído sob a égide da soberania.

¹⁵ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo hacia una nueva modernidad.** p. 50.

¹⁶ FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada.** São Paulo: Malheiros, 2004, p. 7.

¹⁷ VIVIANI, Maury Roberto. *In*: PASOLD, Cesar Luiz (org.). **Primeiros Ensaios de Teoria do Estado e da Constituição.** p. 82.

CARVALHO, Rodrigo de. A necessidade de atuação do poder judiciário como legislador positivo para a efetiva implementação de direitos sociais fundamentais em face dos efeitos da globalização econômica e do neoliberalismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Como observa Faria¹⁸, os reflexos são sentidos, principalmente, na estrutura e ideia tradicional do Estado-nação, no que concerne aos princípios da soberania, da autonomia política, da separação dos poderes, do monismo jurídico, dos direitos individuais, das garantias fundamentais e do *judicial review*.

Além disso, como constata Habermas¹⁹, a globalização atinge e afeta a segurança jurídica, bem como a efetividade do Estado administrativo, a soberania, a identidade coletiva e a legitimidade democrática do Estado nacional. Dobrowolski²⁰, por sua vez, também destaca os reflexos da globalização no que se refere á afetação da soberania e da perda da unicidade do Estado, quando ressalta que:

O poder do Estado vê-se em frente a interlocutores das ordens econômica, social e cultural, como as poderosas organizações sindicais, os grandes conglomerados econômicos, os grupos religiosos influentes ou os movimentos sociais reivindicatórios com elevada capacidade de militância, cada um deles buscando conformar a ordem jurídica estatal, ou apresentando normas de sua produção, para suplantarem o Direito do Estado.

No mesmo sentido, Cruz²¹ afirma que:

O grande desafio neste século XXI será encontrar uma nova forma de organização político-jurídica que compatibilize a globalização econômica com a necessidade permanente de distribuição de riquezas, de justiça social e de uma nova concepção de civilização.

O Estado Constitucional Moderno como instrumento de limitação do poder não consegue mais dar respostas minimamente consistentes as sociedades atuais envoltas pela globalização. E nos países ricos o Estado está sendo substituído por conglomerados financeiros e industriais ou dominado por seus tentáculos, provocando a privatização dos espaços públicos em nome da eficiência capitalista.

A saída das empresas do espaço territorial do Estado diminui também as receitas que lhe permitem suportar os gastos públicos, ocasionando a falta de recursos principalmente para os segmentos relacionados aos Direitos Sociais Fundamentais.

¹⁸ FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. p. 23.

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. Título Original: Die postnationale Konstellation: Politische Essays, p. 87-102.

²⁰ DOBROWOLSKI, Sílvia. O Poder Judiciário e a Constituição. In: DOBROWOLSKI, Sílvia (Org.). **A Constituição no mundo globalizado**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 35.

²¹ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade**: Democracia, Direito e Estado no século XXI. Itajaí: Univali Editora, 2011, p. 93-94.

CARVALHO, Rodrigo de. A necessidade de atuação do poder judiciário como legislador positivo para a efetiva implementação de direitos sociais fundamentais em face dos efeitos da globalização econômica e do neoliberalismo. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012.* Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Muito embora seja necessário implementar medidas para estimular a permanência das empresas no Brasil, é dever do Poder Executivo estimular políticas públicas direcionadas ao Bem Comum, à redução das desigualdades sociais e à igualdade de oportunidades. Pertinentes, neste ponto, as constatações de Habermas²²:

Com o mais recente impulso em direção à desnacionalização da economia, porém, a política nacional perde progressivamente o domínio sobre as condições de produção sob as quais surgem os lucros e receitas tributáveis. Os governos têm cada vez menos influência sobre as empresas, as quais tomam suas decisões de investimento em um horizonte de orientação globalmente ampliado.

Conforme ressalta Faria²³, o Estado se encontra num grande dilema: ou se mantém forte, garantindo os direitos sociais conquistados há décadas pelos cidadãos, ou cede às pressões e exigências dos conglomerados econômicos, concedendo-lhes benefícios tributários, diminuindo sua intervenção no mercado e na economia, e tornando a legislação social menos rígida, no objetivo de permitir a continuidade das suas indústrias e a manutenção dos postos de trabalho. Oportuno observar que já há quem, como Bercovici²⁴, que afirme que “[...] o Estado, entendido como autoridade política e econômica, caiu no vazio com a sociedade complexa da atualidade”.

É de se destacar, ainda, que com esta fragmentação e gradativa perda de autonomia política, o poder do Estado sofre sensível diminuição, abrindo, de certa forma, os chamados “vazios de legitimação” a que se refere Habermas²⁵, o que possibilita que Bauman²⁶ constate os efeitos demolidores da globalização sobre a capacidade de decisão dos governos estatais, afirmando que:

A separação entre economia e política e a proteção da primeira contra a intervenção regulatória da segunda, o que resulta na perda de poder da política como um agente efetivo, auguram

²² HABERMAS, Jürgen. O Estado nacional tem um futuro? In HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro** - estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 146. Título original: Die Einbeziehung des Anderen- Studien zur politischen Theorie.

²³ FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. p. 25.

²⁴ BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma Teoria do Estado. In LIMA, Martonio Mont ` Alverne et ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. (organizadores). **Democracia, Direito e Política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller. Florianópolis: Fundação Boiteux/Conceito Editorial, 2006. p. 340.

²⁵ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. p. 91.

²⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. Título original: Globalization: The Human Consequences, p. 10 e 76.

CARVALHO, Rodrigo de. A necessidade de atuação do poder judiciário como legislador positivo para a efetiva implementação de direitos sociais fundamentais em face dos efeitos da globalização econômica e do neoliberalismo. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

muito mais que uma simples mudança na distribuição do poder social.

Para Grau²⁷, além desses fatos, a perda de força dos regimes socialistas permitiu que o neoliberalismo ganhasse força e expressão, sendo considerado o único regime econômico viável, cujo principal fundamento consiste na pregação da mínima intervenção possível do Estado na economia, uma vez que o mercado se auto regula. No entanto, o autor²⁸ adverte que “[...] não há uma relação necessária entre globalização e neoliberalismo [...] a globalização poderia conviver com outras ideologias que se tornassem hegemônicas”. Todavia, ainda que efetivamente não haja estreito laço entre ambos, como a globalização enfatiza a acumulação de riquezas, enfraquecendo o poder do Estado, abre-se um largo campo para êxito da teoria neoliberalista.

Sob a perspectiva neoliberal, como assinala Cruz²⁹, as pessoas, quando negociam, buscam a máxima vantagem própria, assegurando “o uso mais eficiente e econômico dos escassos recursos disponíveis atualmente no mercado e na economia”. Ocorre, no entanto, que o neoliberalismo não reduziu as desigualdades, mas, ao contrário, permitiu que os ricos ficassem cada vez mais ricos e os pobres cada vez mais pobres, uma vez que, em qualquer negociação, o que se almeja é a maior lucratividade com o menor custo.

Sem detalhar aqui a flagrante omissão do Estado e a incompetência das autoridades públicas, através dos Poderes Legislativo e Executivo, em cumprir com seu papel constitucional na efetivação dos Direitos Sociais Fundamentais, é possível perceber que a globalização o neoliberalismo alteraram a configuração política, econômica, social e cultural no Brasil e no mundo, já que o Estado vem paulatinamente perdendo o poder de controle sobre a economia, flexibilizando leis sociais e concedendo isenções bilionárias de tributos, ensejando dificuldade no cumprimento de sua função social consistente na realização do Bem Comum, já que os interesses dos agentes econômicos vêm prevalecendo sobre os interesses públicos da Sociedade.

²⁷ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. p. 46.

²⁸ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. p. 54.

²⁹ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. Florianópolis: Diploma Legal, 2001, p. 255.

CARVALHO, Rodrigo de. A necessidade de atuação do poder judiciário como legislador positivo para a efetiva implementação de direitos sociais fundamentais em face dos efeitos da globalização econômica e do neoliberalismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

2 A TRIPARTIÇÃO DE PODERES NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³⁰, consagrando expressamente o Princípio da Separação de Poderes, estabelece também a independência e a harmonia dos Poderes da República entre si³¹.

No entanto, sob o ponto de vista da realidade fática, Leal³² observa que a Sociedade tem se deparado com uma verdadeira usurpação dos princípios e previsões normativas, com atitudes estatais violadoras da independência e da harmonia dos Poderes, detectando-se:

[...]. (a) a excessiva atividade legislativa do Poder executivo, no uso de Medidas Provisórias e outras matérias; (b) a progressiva inércia do Poder Legislativo em face de suas competências legiferantes próprias; (c) a criticada intervenção do Poder Judiciário em temas que, por vezes, se confundem com competências dos demais poderes.

Para Leal³³, o desvio das atribuições dos poderes do Estado têm se verificado em razão do elevado grau de complexidade das contingências sociais e também pela exclusão social gerada pelo atual modelo de crescimento econômico nacional, separados de um programa concreto de desenvolvimento social consentâneo.

A tradicional separação de poderes idealizada por Aristóteles³⁴, posteriormente aperfeiçoada por Montesquieu³⁵, objetivava, em síntese, a contenção do Poder, evitando a concentração do Poder do Estado em um único órgão, conforme

³⁰ Podendo ser também denominada, neste artigo, de Constituição Federal de 1988, Carta Magna de 1988, Carta Política de 1988, Constituição de 1988, CRFB/88, CF/88.

³¹ Dispõe a CF/88, em seu artigo 2º: "*São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*".

³² LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea**: uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, ed. 2007, p. 38.

³³ LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea**: uma perspectiva procedimentalista. p. 38.

³⁴ ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Antonio Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Lisboa: Veja, 1998. (Edição Bilingüe-Português-Grego).

³⁵ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982. Título original: *De l'esprit des lois*.

CARVALHO, Rodrigo de. A necessidade de atuação do poder judiciário como legislador positivo para a efetiva implementação de direitos sociais fundamentais em face dos efeitos da globalização econômica e do neoliberalismo. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012.* Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

pertinentemente observa Ferraz Júnior³⁶, para quem a teoria clássica da divisão dos poderes não se trata de um princípio para a organização do sistema estatal e de distribuição de competências, “mas um meio de se evitar o despotismo real. [...]”. Nesse sentido, o princípio não era de separação de poderes, mas de inibição de um pelo outro de forma recíproca”. No mesmo sentido pensam Bachoff³⁷, Kelsen³⁸ e Malberg³⁹.

Na ilustrativa observação de Bachur⁴⁰, não é demais lembrar que a base central da divisão consistia na proteção do cidadão contra o arbítrio estatal, em radical oposição à monarquia, constituindo a pedra de toque do constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX. Desta forma, nos dias atuais, o modelo de tripartição dos poderes estatais deve ser adequado à forma de Estado a que se encontra vinculada: diferentemente do ocorrido no Estado Liberal, no Estado Social exige-se o controle de um Poder sobre o outro como forma de concretização dos objetivos buscados pela ordem constitucional, mormente diante da nova feição prestacional do Estado.

À luz de tais considerações, mostra-se mais acertado referir-se atualmente à “tripartição de funções estatais”, já que o Poder Estatal é único, com cada uma das funções estatais (administrativa, legislativa e judiciária) atuando no controle e na contenção da outra, sob o sistema de freios e contrapesos⁴¹, que legitima os respectivos Poderes a realizarem auto-correções ou correções externas nos atos e procedimentos violadores das normas jurídicas que os vinculam. Leal⁴² enfatiza que:

A medida e a intensidade desta falha capaz de chamar o controle externo corretivo vai ser dada pelo caso concreto, observando a real necessidade da intervenção perquirida de um

³⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à Divisão dos Poderes: um princípio em decadência? In: **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 9, 1995, p. 40-48. No mesmo sentido, veja-se FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Conflito entre poderes – o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1994, p. 16.

³⁷ Para quem o “[...] sentido de la división de poderes es impedir la concentración de poder y, con ello, un posible abuso del mismo”. BACHOF, Otto. **Contribution a la théorie générale de l'état**, t. II. Paris: Sirey, 1922, p. 7.

³⁸ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes/Universidade de Brasília, 1990, p. 274. Título original: *General theory of law and state*.

³⁹ “Et d’ailleurs, toute la démonstration de Montesquieu tourne autour de cette idée principale: assurer la liberté des citoyens, en leur fournissant par la séparation des pouvoirs la garantie que chacun de ceux-ci sera exercé légalement. (...) Seule, en effet, la séparation des pouvoirs peut fournir aux gouvernés une garantie sérieuse et une protection efficace”. MALBERG, Carré de. In: BACHOF, Otto. **Contribution a la théorie générale de l'état**. p. 7.

⁴⁰ BACHUR, João Paulo. O controle jurídico de políticas públicas. **Revista da Faculdade de Direito**, ano I, vol. 97, p. 647-682. São Paulo, 2002.

⁴¹ Também conhecido como sistema de “checks and balances”.

⁴² LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea**: uma perspectiva procedimentalista. p. 94.

CARVALHO, Rodrigo de. A necessidade de atuação do poder judiciário como legislador positivo para a efetiva implementação de direitos sociais fundamentais em face dos efeitos da globalização econômica e do neoliberalismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

no outro, de sua intensidade em face do caso, e da proporcionalidade empírica de seu resultado atinente ao todo envolvido, visando sempre a garantir o mínimo existencial consubstanciador da dignidade da pessoa humana, atingindo o menos possível as estruturas republicanas democráticas e representativas, eis que veiculadoras de institutos igualmente constitucionais.

Também relevante é o pensamento de Silva Filho⁴³ que, ao comentar o valor da tese de Montesquieu na atualidade, afirma que ela está nos princípios de integração e equilíbrio, mencionando que o princípio da separação funcional do Poder teve que “se ajustar aos imperativos da vida social moderna”, para conferir aos órgãos do Estado competência em função das múltiplas exigências de colaboração e de controle, que “caracterizam o equilíbrio que persegue o chamado sistema de freios e contrapesos”⁴⁴.

Apesar do artigo 2º da Carta Magna de 1988 ter traduzido no ordenamento constitucional a independência e harmonia dos Poderes da República, deve ser ressaltado que, no Brasil, não se pode jamais falar na separação estrita destes Poderes, uma vez que, no contexto fático e jurídico brasileiro, as interferências de um Poder em outro se fazem muitas vezes necessárias para coibir abusos ou sobreposição de Poderes, no objetivo de se alcançarem os fins do Estado. A respeito desse assunto, oportunas são as palavras de Leal⁴⁵, que apregoa que:

[...] o Poder Judiciário (ou qualquer outro Poder Estatal) não tem o condão de *make public choices*, mas pode e deve assegurar aquelas escolhas públicas já tomadas por estes veículos, notadamente as insertas no Texto Político, demarcadoras dos objetivos e finalidades da República Federativa. São tais indicadores que estão a reivindicar medidas efetivas para serem concretizados. Quando não efetivadas, dão ensejo à legítima persecução republicana para atendê-las, administrativa, legislativa ou jurisdicionalmente.

⁴³ SILVA FILHO, Derly Barreto e. Controle jurisdicional dos atos políticos do Poder Executivo. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 8, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 123.

⁴⁴ A jurisprudência pátria consagra a utilização do sistema de freios e contrapesos. A título de exemplo, vide o seguinte precedente: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.046/SP**, Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julg.15.04.2004, DJ 28.05.2004).

⁴⁵ LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea**: uma perspectiva procedimentalista. p. 42.

CARVALHO, Rodrigo de. A necessidade de atuação do poder judiciário como legislador positivo para a efetiva implementação de direitos sociais fundamentais em face dos efeitos da globalização econômica e do neoliberalismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Sob tais premissas, é inconcebível que o princípio da separação de poderes – aqui concebido como a repartição do Poder do Estado em funções outorgadas a distintos órgãos estatais, e não na clássica visão Aristotélica – atue como embaraço à efetivação e concretização dos objetivos firmados na Constituição Federal de 1988, fazendo-se absolutamente imprescindível a possibilidade concreta de interferência de um Poder em outro sempre que estiver em jogo a viabilização e, sobretudo, a efetivação dos Direitos Sociais Fundamentais.⁴⁶

3 OS PRINCÍPIOS DA RESERVA DE CONSISTÊNCIA E DA RESERVA DO POSSÍVEL NA CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DA CONSTITUIÇÃO

No Brasil, a concretização judicial da Constituição encontra-se adstrita ao limite da “reserva de consistência”⁴⁷, cumprindo ao juiz, no que concerne ao controle judicial do ato administrativo, fundamentar robustamente o acerto de sua interpretação constitucional e, ao mesmo tempo, o equívoco da edição do ato normativo. Assim, no que se refere à concretização judicial em face da inércia do Poder Legislativo, incumbe ao magistrado comprovar que seu ato judicial é resultante da correta interpretação do texto constitucional, sem a qual ficará caracterizada a ilegalidade e o abuso de poder.

⁴⁶ Sob este mesmo prisma interpretativo, oportuno trazer à baila trecho da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, em voto de lavra do Ministro Humberto Martins, que foi acompanhado por unanimidade pela 2ª Turma do STJ, onde uma nova visão do Princípio da Separação dos Poderes parece aflorar na hermenêutica judicial: “Assim, pode-se dizer que o princípio da separação dos Poderes – inicialmente formulado em sentido forte, até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas – nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz de diferentes realidades constitucionais. [...]. Dessa forma, não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.136.549/RS**, 2ª Turma, Relator Ministro Humberto Martins, Julg. 08.06.2010, DJe 21.06.2010.

⁴⁷ Para Peter Häberle, Jürgen Habermas foi o primeiro a utilizar a expressão “reserva de consistência” em sua obra *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, segundo o qual o processo de interpretação é infinito, sendo que o resultado desta interpretação está submetido à reserva de consistência, devendo ela, no caso singular, se mostrar adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais. In: HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 42. Título original: Die Offene Gessellschaft der Verfassungsinterpreten ein Beitrag zur pluralistischen und "prozessualen" verfassungsinterpretation.

CARVALHO, Rodrigo de. A necessidade de atuação do poder judiciário como legislador positivo para a efetiva implementação de direitos sociais fundamentais em face dos efeitos da globalização econômica e do neoliberalismo. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012.* Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Como observa Freire Júnior⁴⁸, o termo em questão tem sido utilizado tão somente como sinônimo da necessidade e obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, que obriga que os juízes justifiquem suas razões de decidir, ou seja, a estrada percorrida até se chegar à sentença. Assim, no objetivo de fundamentar suas decisões, muitas vezes os juízes têm que abordar temas que fogem ao campo da ciência jurídica, navegando em outras ciências e áreas do conhecimento (gestão pública, engenharia, pedagogia, medicina).

No entanto, a observância da “reserva de consistência” pelo Poder Judiciário vai além do cotidiano formalismo na fundamentação das decisões, pressupondo recuperar-se a figura do *Amicus Curiae*⁴⁹ para melhor fundamentar as decisões que exijam conhecimentos que vão além da área jurídica, mas que também são fundamentais para a densidade da fundamentação das decisões dos magistrados, de forma a interferir-se nas atribuições dos outros Poderes, expandindo-se também o caráter eminentemente democrático de tais decisões.

Indiscutível que, estando diante de determinadas demandas que gerarão impactos na Sociedade ou em determinada comunidade, é dever do magistrado inteirar-se de todo o contexto social e econômico daquela localidade, sendo necessário submeter tais matérias a um amplo debate, justamente por veicularem temas com densidade moral e ética que atingem a Sociedade como um todo, exigindo sua participação no processo de tomada de decisões. Desta forma, o modelo deliberativo-procedimental defendido por Habermas passa a consistir no principal ponto de apoio para o debate político-jurídico da “reserva de consistência”.

Há que se ressaltar também que o exercício da atuação jurisdicional encontra-se limitado pela “reserva do possível”, que, segundo Alexy⁵⁰, está relacionada à disponibilidade financeira do Poder Público, eliminando de tal equação as cotas de responsabilidade que o mercado e a Sociedade possuem, pregando-se que tão

⁴⁸ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 121.

⁴⁹ O *Amicus Curiae* (Amigo da Corte) é um instituto processual que nasceu nos Estados Unidos da América no início do século XX, em que terceiros são chamados a participar de uma ação com o fim de auxiliar a tomada de decisão pelo juiz ou tribunal. No Brasil, a figura do *Amicus Curiae* é prevista, dentre outros dispositivos, no art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99, autorizando a participação processual de órgãos ou entidades perante o Supremo Tribunal Federal nos casos previstos na citada lei. Importante destacar que outro instrumento de participação da sociedade, também expressamente autorizado pela Lei n. 9.868/99, ocorre através das audiências públicas.

⁵⁰ ALEXY, Robert. Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos. **Revista Fundação Casa de Rui Barbosa**, Rio de Janeiro/RJ, vol. 34, 1998, p. 39.

CARVALHO, Rodrigo de. A necessidade de atuação do poder judiciário como legislador positivo para a efetiva implementação de direitos sociais fundamentais em face dos efeitos da globalização econômica e do neoliberalismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

somente o “mínimo existencial” pode ser garantido, ou seja, apenas os direitos sociais, econômicos e culturais tidos por mais relevantes em face do caso concreto.

Desta forma, começou a se pregar que os direitos sociais seriam exigíveis somente se, primeiramente, houvesse recursos financeiros disponíveis, o que, segundo Canotilho⁵¹, seria um verdadeiro absurdo, pois a efetivação de “um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale na prática a nenhuma vinculação jurídica”.

Assim, em determinada situação concreta, quando o juiz enfrenta o dilema entre os Direitos Sociais Fundamentais e a reserva do possível, o grande obstáculo a ser vencido é a alegação da suposta afronta ao Princípio da Separação de Poderes, onde se alega que o Judiciário estaria penetrando indevidamente na esfera de competências do Legislativo e do Executivo, já que, no que se refere a recursos públicos, somente o legislador possuiria competência decisória para o assunto.

Nesse contexto, oportuno fazer menção a precedentes do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que, por intermédio de seus ministros, têm proferido decisões no sentido de que os Direitos Sociais Fundamentais não podem ficar condicionados à boa vontade do Administrador, devendo o Judiciário atuar como órgão controlador da atividade administrativa, não podendo o princípio da separação de poderes e a teoria da reserva do possível obrarem como óbices à realização dos Direitos Sociais Fundamentais.

Cita-se, a propósito, recente ementa de precedente unânime proferido pela 2ª Turma do egrégio Superior Tribunal de Justiça⁵² nesse exato sentido:

[...].

Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido

⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 49.

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.136.549/RS**, 2ª Turma, Relator Ministro Humberto Martins, Julg. 08.06.2010, DJe 21.06.2010. No mesmo sentido, em outro precedente, o STJ já decidiu que “[...] qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. [...]. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.041.197/MS**, 2ª Turma, Relator Ministro Humberto Martins, Julg. 25.08.2009, DJe 16.09.2009).

com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.

Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

[...].

Também o Supremo Tribunal Federal⁵³, em decisão de lavra do Ministro Celso de Mello nos autos de uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, analisou com grande profundidade a questão, entendendo que a "reserva do possível" está condicionada ao binômio "razoabilidade da pretensão" e "disponibilidade financeira do Poder Público". Nesse sentido, cita-se um pequeno trecho da decisão:

[...].

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...].

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa - , traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão +

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF**, Relator Ministro Celso de Mello, Julg. 29.04.2004, DJ 04.05.2004. No mesmo sentido, o STF já decidiu que "embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 595.595/SC**, 2ª Turma, Relator Ministro Eros Grau, julg. 28.04.2009, DJe 29.05.2009).

CARVALHO, Rodrigo de. A necessidade de atuação do poder judiciário como legislador positivo para a efetiva implementação de direitos sociais fundamentais em face dos efeitos da globalização econômica e do neoliberalismo. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012.* Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. [...].

Enfim, o princípio da “reserva do possível” não pode ser erigido como critério impeditivo de viabilidade dos Direitos Sociais Fundamentais. A sua função deve ser analisada sob o ângulo de valor instrumental e não valor fundamental.

Sob tais parâmetros⁵⁴, verificada a escassez de recursos orçamentários do Poder Público, deve o Poder Judiciário atuar norteado pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade todas as vezes que se deparar com a violação ou não efetivação, pelos Poderes Legislativo e Executivo, dos Direitos Sociais Fundamentais, principalmente no atual momento histórico, onde os efeitos problemáticos da globalização e do neoliberalismo acabam por prejudicar e inviabilizar ainda mais a efetivação e o exercício de tais Direitos.

4 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO PARA A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS

Quando se discute o gravíssimo problema da inefetividade da Constituição, pontuais se mostram as palavras de Streck⁵⁵, segundo o qual:

Na base dessa inefetividade [...] encontra-se solidificada uma cultura jurídica positivista que coloniza a operacionalidade (doutrina e jurisprudência) e o processo de elaboração das leis, a partir de um processo de retroalimentação sistêmica. [...].

O problema da inefetividade da Constituição – e tudo o que ela representa enquanto implementação das promessas

⁵⁴ Para um aprofundamento dos estudos relacionados ao princípio da reserva do possível na atuação jurisdicional, ver: BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 245.246; HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes**. New York: Norton, 1999; KRELL, Andreas Joachim. **Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais** in SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição Concretizada – Construindo Pontes entre o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 41; KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 22-23; STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 44.

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Herменêutica, Estado e Política: uma visão do papel da Constituição em países periféricos*. In CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk e GARCIA, Marcos Leite (org.). **Reflexões sobre Política e Direito – Homenagem aos Professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 245.

CARVALHO, Rodrigo de. A necessidade de atuação do poder judiciário como legislador positivo para a efetiva implementação de direitos sociais fundamentais em face dos efeitos da globalização econômica e do neoliberalismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

incumpridas da modernidade (por isso o Brasil é um país de modernidade tardia) – não se resume a um confronto entre modelos de direito. O confronto é, pois, paradigmático. [...]. Trata-se, efetivamente, de aplicar o grande giro hermenêutico ao direito e, portanto, à Constituição.

Percebe-se, à luz do que já foi exposto, que o principal argumento utilizado para não permitir a atuação do Poder Judiciário como legislador positivo encontra-se consubstanciado em um olhar equivocado e ultrapassado do Princípio da Separação dos Poderes a que se refere o artigo 2º da Carta Magna de 1988, cujo foco central consistia em oferecer proteção jurídica aos cidadãos contra abusos praticados pelo Estado.

Não se quer aqui, de forma alguma, conferir ao Poder Judiciário super poderes. De fato, ao analisar os atos administrativos e executivos, não se nega que o Poder Judiciário não pode substituir a vontade do administrador pela sua própria vontade, competindo-lhe apenas adequar a atuação da Administração Pública aos postulados do sistema jurídico estabelecido, cabendo-lhe, quando provocado, invalidar os atos violadores de princípios e normas de observância compulsória⁵⁶. Ferreira⁵⁷ complementa, ensinando que:

É certo que o juiz não vai substituir ao legislador, ao administrador, no núcleo do poder discricionário. Mas não o estará fazendo se verificar que, diante de uma aparente legalidade extrínseca, na verdade esteja diante de uma grande injustiça, de um procedimento administrativo desarrazoado, ilógico, contrário à técnica, à economicidade, à logicidade, que são os parâmetros do controle jurisdicional, neste campo específico da chamada legitimidade.

Deve-se destacar que se defende a possibilidade de os juízes e tribunais atuarem como legisladores positivos estritamente para proteger e efetivar Direitos Sociais Fundamentais, sem que, com isso, haja violação aos princípios basilares

⁵⁶ Oportuno destacar que, no âmbito do **Superior Tribunal de Justiça – STJ**, é pacífico o entendimento no sentido de que não pode o Judiciário substituir o administrador público. Nesse sentido, citam-se os seguintes precedentes: Recurso Especial n. 440.502/SP, 2ª Turma, Relator Ministro Hermann Benjamin, Julg. 15.12.2009, DJe 24.09.2010; Mandado de Segurança n. 13.901/DF, 1ª Seção, Relatora Ministra Eliana Calmon, Julg. 10.12.2008, DJe 09.02.2009; Recurso em Mandado de Segurança n. 14.967/SP, 6ª Turma, Relator Ministro Vicente Leal, Julg. 25.03.2003, DJ 22.04.2003; Recurso em Mandado de Segurança n. 10.837/RS, 5ª Turma, Relator Ministro Edson Vidigal, Julg. 16.12.1999, DJ 21.02.2000; Recurso em Mandado de Segurança n. 9.310/MG, 1ª Turma, Relator Ministro Garcia Vieira, Julg. 09.02.1999, DJ 12.04.1999.

⁵⁷ FERREIRA, Sérgio de Andréa *apud* FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas**: A responsabilidade do administrador e o Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 102.

CARVALHO, Rodrigo de. A necessidade de atuação do poder judiciário como legislador positivo para a efetiva implementação de direitos sociais fundamentais em face dos efeitos da globalização econômica e do neoliberalismo. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012.* Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

democráticos. Quando o Poder Judiciário realiza interpretações extensivas no sistema jurídico, tal ato não implica a negação do modelo democrático representativo brasileiro. Relevantes, neste ponto, as conclusões de Leal⁵⁸:

Se há migrações pendulares de concentração do Poder Estatal neste particular, por vezes encontrando-se no Legislativo a maior iniciativa de produção de normas, por ora no Executivo, (em face de suas novas feições promocionais e interventivas), e por vezes no Judiciário (em face das eventuais interpretações extensivas que imprime no sistema jurídico) isto não implica a negação (mas talvez a mitigação) do próprio modelo da democracia representativa [...].

Sob a perspectiva de que o Poder Judiciário – em especial o Supremo Tribunal Federal no exercício do controle concentrado de constitucionalidade – tem a função precípua de zelar pela supremacia da Constituição Federal, um de seus atuais ministros, Gilmar Ferreira Mendes⁵⁹, em publicação de sua autoria, evidencia tanto a importância do papel exercido pelo STF no controle de constitucionalidade de normas, como também o poder legiferante indireto do Poder Judiciário no exercício tanto do papel de legislador negativo como, sobretudo, no de legislador positivo:

Um levantamento na jurisprudência do STF indica que, entre 5 de outubro de 1988 e 27 de maio de 1998, 99 disposições federais e 602 preceitos estaduais tiveram a sua eficácia suspensa, em sede de cautelar. No mesmo período, 174 disposições estaduais e 27 normas federais tiveram a sua inconstitucionalidade definitivamente declarada pelo Supremo Tribunal no âmbito do controle abstrato de normas. Esses números ressaltam a importância do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Eles demonstram também que, enquanto pretendo "*legislador negativo*", o Supremo Tribunal Federal – bem como qualquer outra Corte com funções constitucionais – acaba por exercer um papel de "*legislador positivo*". É que o poder de eliminar alternativas normativas contém, igualmente, a faculdade de, por via direta ou transversa, indicar as fórmulas admitidas ou toleradas.

⁵⁸ LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea**: uma perspectiva procedimentalista, p. 42.

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Teoria da Legislação e Controle de Constitucionalidade: Algumas Notas. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília, vol. 1, n. 1, maio 1999. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/teoria.htm. Acesso em 25 nov. 2012.

CARVALHO, Rodrigo de. A necessidade de atuação do poder judiciário como legislador positivo para a efetiva implementação de direitos sociais fundamentais em face dos efeitos da globalização econômica e do neoliberalismo. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Igualmente relevante é o registro feito por Slaibi Filho⁶⁰, quando este enfatiza que a Suprema Corte brasileira, por intermédio da "Ação Declaratória de Constitucionalidade"⁶¹, dispõe de poderes e prerrogativas mais extensas que o Poder Legislativo, já que este não consegue, por si só, blindar seus atos do controle de constitucionalidade incidental ou concentrado. E, nesta impossibilidade de blindagem do Poder Legislativo, inserem-se até mesmo as emendas constitucionais⁶².

Adentrando ao campo dos exemplos concretos onde o Poder Judiciário já atuou como legislador positivo, pode ser citada a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4⁶³, onde, além de blindar o art. 1º da Lei n. 9.494/97 do controle incidental de inconstitucionalidade, a decisão do STF teve o condão de suspender os efeitos das decisões anteriores que tivessem por fundamento a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do mesmo dispositivo da lei.

Como observa Zeni⁶⁴, note-se que o próprio artigo 557 do Código de Processo Civil, quando dispõe que "O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior", confere uma clara função normativa ao Poder Judiciário.

⁶⁰ SLAIB FILHO, Nagib. **Breve história do Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/breve_historia_controle_constitu.pdf. Acesso em 25 nov. 2012.

⁶¹ O surgimento da ação declaratória de constitucionalidade propiciou reações de diversos setores da sociedade, mas tais manifestações foram vencidas pelo próprio Supremo Tribunal Federal, que proclamou a constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 3/93 no tocante à ação declaratória de constitucionalidade, em decisão plenária de 27 de outubro de 1993, na questão de ordem suscitada pelo relator, Ministro Moreira Alves, na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1-1/DF, posta pelo Presidente da República e pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, cujo objeto era o reconhecimento da constitucionalidade da própria ação declaratória de constitucionalidade.

⁶² No Brasil, até mesmo as emendas constitucionais – que na prática são a própria Constituição – estão sujeitas ao controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Ainda que seja inconcebível se ter, no ordenamento jurídico pátrio, uma emenda constitucional declarada inconstitucional pelo STF (pois a emenda é a própria Constituição), tal situação já ocorreu, e em passado recente. Basta, para isso, lembrar-se do julgamento proferido pelo Plenário do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.105/DF, na qual foram declarados inconstitucionais dispositivos da Emenda Constitucional nº 41, de 31 de dezembro de 2003, que instituiu a primeira reforma da previdência no Governo Lula. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.105/DF**, Tribunal Pleno, Relator para o acórdão Ministro Cezar Peluso, Julg. 18.08.2004, DJ 18.02.2005).

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade n. 4/DF**, Tribunal Pleno, Relator Ministro Sydney Sanches, Julg. 11.02.1998, DJ 21.05.1999.

⁶⁴ ZENI, Carine. O Poder Judiciário como legislador positivo na efetivação dos direitos fundamentais sociais. **Revista Discurso Jurídico**. Vol. 3, n. 2, 2007. Disponível em <http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/viewFile/217/103>. Acesso em 25 nov. 2012.

CARVALHO, Rodrigo de. A necessidade de atuação do poder judiciário como legislador positivo para a efetiva implementação de direitos sociais fundamentais em face dos efeitos da globalização econômica e do neoliberalismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Slaibi Filho⁶⁵ denomina “pan-processual” esse efeito *erga omnes*, indeterminado e abstrato, afirmando que:

[...] poderíamos denominar de pan-processual (porque alcança outros processos que não aquele em que foi proferido o precedente) ou até mesmo de efeito normativo ou efeito legislativo (posto que alcança sujeitos indeterminados prevendo condutas hipotéticas), as decisões do Supremo Tribunal Federal, proclamando a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual, distrital ou municipal, passaram a dispensar não só a comunicação ao Senado Federal, como exigido no art. 178 do seu Regimento Interno, como a própria resolução a que se refere o art. 52, X, da Constituição, dispositivo que, a partir daí, se tornou letra morta, como gostavam de dizer os antigos.

Outro exemplo de atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, de indiscutível polemização na sociedade brasileira, referiu-se à decisão proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal na Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, cujo objeto tratava da possibilidade/impossibilidade da interrupção da gestação dos chamados “fetos anencefálicos”.⁶⁶ No caso concreto, a Suprema Corte brasileira privilegiou a guarda dos princípios fundamentais por intermédio da interpretação da Constituição e da legislação infraconstitucional para, sem criar nova norma legal (atribuição exclusiva do Poder Legislativo), autorizar nova permissibilidade, havendo quem, como Leal⁶⁷, questione se tal polêmica não deveria, antes, ter sido objeto de consulta popular, de forma a oportunizar um amplo debate com sociedade sobre a melhor solução a ser dada ao assunto.

Mais recentemente, julgando simultaneamente uma Ação Direta de Inconstitucionalidade⁶⁸ e uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental⁶⁹, o plenário do Supremo Tribunal Federal – STF, atuando como nítido legislador positivo,

⁶⁵ SLAIB FILHO, Nagib. **Breve história do Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/breve_historia_controle_constitu.pdf. Acesso em 25 nov. 2012.

⁶⁶ Isso porque, permitindo esta espécie de aborto, no qual não havia previsão expressa no Código Penal e na legislação extravagante, o STF estaria agindo como legislador positivo, atuando onde o Poder Legislativo não atuou.

⁶⁷ LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea**: uma perspectiva procedimentalista. p. 88.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF**, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, Julg. 05.05.2011, DJe 13.10.2011.

⁶⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ**, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, Julg. 05.05.2011, DJe 13.10.2011.

CARVALHO, Rodrigo de. A necessidade de atuação do poder judiciário como legislador positivo para a efetiva implementação de direitos sociais fundamentais em face dos efeitos da globalização econômica e do neoliberalismo. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012.* Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

entendeu por bem reconhecer a união estável entre casais do mesmo sexo, conferindo interpretação conforme à Constituição para excluir qualquer significado do art. 1.723 do Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406/2002) que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.⁷⁰

Há que se destacar, ainda no que se refere à vedação da atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, que a própria Carta Política de 1988 não traz expressamente essa proibição ou impedimento, muito embora também não autorize o suprimento das omissões⁷¹.

Dentre os que integram a minoria doutrinária que advoga a atuação do juiz como legislador positivo, Moro⁷² defende que esta proibição não tem a mínima base racional, já que não é decorrente de disposição constitucional expressa. Além disso, para este autor, a admissibilidade desta atuação coaduna-se com o Princípio da Supremacia da Constituição e com o Princípio da Efetividade dele decorrente.

Atualmente, como observa Moro, já é reconhecida ao Poder Judiciário a possibilidade jurídica do suprimento da omissão inconstitucional através do controle incidental de constitucionalidade das normas, não sendo razoável que a sociedade, principal destinatária das normas constitucionais, espere eternamente a “boa vontade” do Poder Legislativo para que uma norma seja efetivamente implementada, se este mesmo Poder se recusa a fazê-lo. Discorrendo sobre os Direitos Sociais Fundamentais, o autor⁷³ observa que:

Como as constituições não mais apenas garantem direitos já assegurados, mas também realizam promessas constitucionais de direitos – como a universalização da saúde e da educação, cuja implementação demanda atuação do poder público, resta evidente que a eficácia da jurisdição constitucional será

⁷⁰ Lançando mão da garantia constitucional da livre manifestação do pensamento (art. 5º, inciso IV, CF/88), o autor deste artigo registra sua discordância com a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIn e na ADPF mencionadas nas duas notas de rodapé anteriores, seja em face dos critérios de estrita legalidade, já que o conteúdo do art. 226, § 3º da CF/88 é claro e taxativo ao reconhecer a união estável apenas entre homem e mulher, seja em razão de suas convicções pessoais cristãs.

⁷¹ Vale, aqui, mencionar princípio segundo o qual “onde a Constituição não distingue, não compete ao intérprete distinguir”, reconhecido, inclusive, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF. Nesse sentido, vide: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus n. 86.998/SP**, 1ª Turma, Relatora para o acórdão Ministra Cármen Lúcia, Julg. 13.02.2007, DJe 26.04.2007.

⁷² MORO, Sergio Fernando. Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano 9, n. 37, out-dez. 2001, p. 104.

⁷³ MORO, Sergio Fernando. Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais. **Jurisdição constitucional como Democracia**. p. 238.

CARVALHO, Rodrigo de. A necessidade de atuação do poder judiciário como legislador positivo para a efetiva implementação de direitos sociais fundamentais em face dos efeitos da globalização econômica e do neoliberalismo. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012.* Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

comprometida caso seja atribuído ao juiz função meramente negativa.

Neste novo contexto histórico, social, jurídico e político, os juízes não são mais a "boca da lei".⁷⁴ Os magistrados são, na verdade, os tradutores dos sentimentos contemplados na Constituição Federal e nos Pactos Internacionais, razão pela qual é "nesse sentido que Rawls descreve o poder dos Tribunais e, em particular, dos Tribunais de Justiça Constitucional, como um 'fórum da razão pública'".⁷⁵

É nesse sentido que entra em discussão o papel do Poder Judiciário quando defrontado com estas questões. No entanto, como assinala Streck⁷⁶:

[...] a Constituição é dirigente quando se trata de discutir os interesses das camadas dominantes; e é apenas uma "carta de intenções" quando se discutem os interesses dos excluídos sociais...!

[...].

Passados dezoito anos desde a promulgação da Constituição, a resposta não tem sido satisfatória. Pelo contrário, chamado a agir, o Poder Judiciário mostra-se ainda comprometido com o paradigma liberal-individualista, que vem sustentando a doutrina e jurisprudência no Brasil.

Sob o contexto sistêmico de todas as premissas mencionadas neste artigo, o Poder Judiciário pode e deve atuar como legislador positivo com vistas à assegurar a efetivação dos Direitos Sociais Fundamentais, já que, além da variável interna (incompetência e inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, na qual o cidadão é feito prisioneiro da discricionariedade e de uma visão arcaica do Princípio da Separação de Poderes), surge com grande velocidade uma variável externa (os efeitos da globalização e da doutrina neoliberal) que, juntas, ameaçam cada vez mais a força normativa das cláusulas constitucionais veiculadoras dos Direitos Sociais Fundamentais.

⁷⁴ A expressão "os juízes são a boca da lei" ("bouche de la loi") foi utilizada por Montesquieu. *In: MONTESQUIEU, Charles Louis de. Do espírito das leis.* Tradução publicada sob a licença de Difusão Européia do Livro. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 160.

⁷⁵ RAWLS, John *apud* QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais.** Coimbra: Coimbra, 2002, p. 290.

⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Estado e Política: uma visão do papel da Constituição em países periféricos.* In CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk e GARCIA, Marcos Leite (org.). **Reflexões sobre Política e Direito.** p. 233.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz do discorrido, percebe-se que, mais que necessitar do mínimo essencial para sua sobrevivência, os cidadãos têm o inquestionável direito de ver concretizadas outras importantes garantias constitucionais, não podendo ficar prisioneiros da omissão do Estado, da incompetência das autoridades públicas e de uma percepção ultrapassada do Princípio da Separação dos Poderes.

Desta forma, nos casos em que o Estado, por intermédio dos Poderes Legislativo e Executivo, se mantém indiferente e omissor, o Poder Judiciário tem um importante papel a cumprir, sendo necessário imprimir certa medida de ativismo judicial para a gradativa implementação dos direitos constitucionais, principalmente na atual quadra da história da humanidade, onde os efeitos problemáticos da globalização e do neoliberalismo, além de atingirem categorias nucleares tradicionais do Estado-nação, acabam por prejudicar e muitas vezes inviabilizar a efetivação e o exercício de Direitos Sociais Fundamentais.

É possível perceber que a globalização e o neoliberalismo alteraram a configuração política, econômica, social e cultural no Brasil e no mundo, já que o Estado vem paulatinamente perdendo o poder de controle sobre a economia, flexibilizando leis sociais e concedendo isenções bilionárias de tributos a grandes grupos econômicos, ensejando dificuldade no cumprimento de sua função social consistente na realização do Bem Comum, já que os interesses dos agentes econômicos vêm prevalecendo sobre os interesses públicos da Sociedade.

Eis aí, nesse contexto, a necessidade de se ter um Poder Judiciário forte, independente e comprometido com os valores e as conquistas históricas da Sociedade brasileira, que possa efetivamente garantir a concretização e a efetivação dos Direitos Sociais Fundamentais quando os Poderes Executivo e o Legislativo, por omissão, incompetência ou pelas pressões decorrentes dos efeitos da globalização, não cumprirem com seu papel constitucional. Desta forma, verifica-se que a hipótese levantada na introdução deste artigo foi confirmada pelo resultado da pesquisa, e se justifica pelo conteúdo da própria hipótese.

CARVALHO, Rodrigo de. A necessidade de atuação do poder judiciário como legislador positivo para a efetiva implementação de direitos sociais fundamentais em face dos efeitos da globalização econômica e do neoliberalismo. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012.* Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Por oportuno, deve ficar claro que não figura como intenção deste artigo incentivar atitudes abusivas a serem perpetradas pelo Poder Judiciário com vistas à efetivação dos Direitos Sociais Fundamentais. O que se prega é que os juízes e tribunais devem ser ousados e destemidos na função de assegurar o efetivo cumprimento das cláusulas constitucionais, observando com razoabilidade e equilíbrio os princípios da "reserva de consistência" e da "reserva do possível" para, no campo fático, alcançar soluções justas que não violem os preceitos inseridos na Constituição.

Nesse norte, o estático conceito genérico da vedação da atuação do Judiciário como legislador positivo, materializado pela jurisprudência tradicional, não pode – e não deve – obrar como óbice à força normativa do texto constitucional, ressaltando-se, no entanto, que na qualidade de Poder responsável pela promoção de medidas sociais satisfativas e compensatórias, o Judiciário não pode – e não deve – ser acionado como opção alternativa em relação aos Poderes Legislativo e Executivo.

De se ressaltar, também, que a Sociedade deve se mobilizar para exigir o cumprimento de seus direitos, não podendo ela se conformar nem se acomodar com a proteção que o Judiciário confere quando atua na garantia dos Direitos Sociais Fundamentais, sendo necessário recuperar a figura do Estado Democrático de Direito sob a concepção de um terreno de deliberação moral e ética da Sociedade civil, sem a qual o que se terá será apenas um Estado essencialmente estático e paternalista.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos. **Revista Fundação Casa de Rui Barbosa**, Rio de Janeiro/RJ, vol. 34, 1998.

ARAÚJO, Roseana Maria Alencar de. Espaços públicos transnacionais e cidadania global: uma interlocução preliminar entre Ulrich Beck, Paulo Cruz e Liszt Vieira. *In: PASOLD, Cesar Luiz (org.). Primeiros Ensaio de Teoria do Estado e da Constituição.* Curitiba: Juruá, 2010.

ARISTÓTELES. **Política.** Tradução de Antonio Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Lisboa: Veja, 1998. (Edição Bilíngüe-Português-Grego).

CARVALHO, Rodrigo de. A necessidade de atuação do poder judiciário como legislador positivo para a efetiva implementação de direitos sociais fundamentais em face dos efeitos da globalização econômica e do neoliberalismo. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

BACHOF, Otto. **Contribution a la théorie générale de l'état**, t. II. Paris: Sirey, 1922.

BACHUR, João Paulo. O controle jurídico de políticas públicas. **Revista da Faculdade de Direito**, ano I, vol. 97, São Paulo, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. Título original: *Globalization: The Human Consequences*.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo hacia una nueva modernidad**. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2006. Título original: *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*.

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo e respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Título original: *Was ist globalisierung?: Irrtümer des globalismus: Antworten auf globalisierung*.

BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma Teoria do Estado. In LIMA, Martonio Mont ` Alverne et ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. (organizadores). **Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller**. Florianópolis: Fundação Boiteux/Conceito Editorial, 2006.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ**, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, Julg. 05.05.2011, DJe 13.10.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.136.549/RS**, 2ª Turma, Relator Ministro Humberto Martins, Julg. 08.06.2010, DJe 21.06.2010.

CARVALHO, Rodrigo de. A necessidade de atuação do poder judiciário como legislador positivo para a efetiva implementação de direitos sociais fundamentais em face dos efeitos da globalização econômica e do neoliberalismo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.041.197/MS**, 2ª Turma, Relator Ministro Humberto Martins, Julg. 25.08.2009, DJe 16.09.2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 440.502/SP, 2ª Turma, Relator Ministro Hermann Benjamin, Julg. 15.12.2009, DJe 24.09.2010; Mandado de Segurança n. 13.901/DF, 1ª Seção, Relatora Ministra Eliana Calmon, Julg. 10.12.2008, DJe 09.02.2009; Recurso em Mandado de Segurança n. 14.967/SP, 6ª Turma, Relator Ministro Vicente Leal, Julg. 25.03.2003, DJ 22.04.2003; Recurso em Mandado de Segurança n. 10.837/RS, 5ª Turma, Relator Ministro Edson Vidigal, Julg. 16.12.1999, DJ 21.02.2000; Recurso em Mandado de Segurança n. 9.310/MG, 1ª Turma, Relator Ministro Garcia Vieira, Julg. 09.02.1999, DJ 12.04.1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade n. 4/DF**, Tribunal Pleno, Relator Ministro Sydney Sanches, Julg. 11.02.1998, DJ 21.05.1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.046/SP**, Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julg.15.04.2004, DJ 28.05.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.105/DF**, Tribunal Pleno, Relator para o acórdão Ministro Cezar Peluso, Julg. 18.08.2004, DJ 18.02.2005).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF**, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, Julg. 05.05.2011, DJe 13.10.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 595.595/SC**, 2ª Turma, Relator Ministro Eros Grau, julg. 28.04.2009, DJe 29.05.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF**, Relator Ministro Celso de Mello, Julg. 29.04.2004, DJ 04.05.2004.

CARVALHO, Rodrigo de. A necessidade de atuação do poder judiciário como legislador positivo para a efetiva implementação de direitos sociais fundamentais em face dos efeitos da globalização econômica e do neoliberalismo. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus n. 86.998/SP**, 1ª Turma, Relatora para o acórdão Ministra Cármen Lúcia, Julg. 13.02.2007, DJe 26.04.2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no século XXI**. Itajaí: Univali Editora, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. Florianópolis: Diploma Legal, 2001.

DOBROWOLSKI, Sílvio. O Poder Judiciário e a Constituição. *In*: DOBROWOLSKI, Sílvio (Org.). **A Constituição no mundo globalizado**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à Divisão dos Poderes: um princípio em decadência? *In*: **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 9, 1995.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Conflito entre poderes – o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1994.

FERREIRA, Sérgio de Andréa *apud* FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas: A responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

CARVALHO, Rodrigo de. A necessidade de atuação do poder judiciário como legislador positivo para a efetiva implementação de direitos sociais fundamentais em face dos efeitos da globalização econômica e do neoliberalismo. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012.* Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. Título original: *Die Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten ein Beitrag zur pluralistischen und "prozessualen" verfassungsinterpretation.*

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. Título Original: *Die postnationale Konstellation: Politische Essays.*

HABERMAS, Jürgen. O Estado nacional tem um futuro? *In* HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro** - estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004. Título original: *Die Einbeziehung des Anderen- Studien zur politischen Theorie.*

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights** – Why Liberty Depends on Taxes. New York: Norton, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes/Universidade de Brasília, 1990. Título original: *General theory of law and state.*

KRELL, Andreas Joachim. **Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais** *in* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição Concretizada – Construindo Pontes entre o Público e o Privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea**: uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, ed. 2007.

MALBERG, Carré de. *In*: BACHOF, Otto. **Contribution a la théorie générale de l'état**, t. II. Paris: Sirey, 1922.

MENDES, Gilmar Ferreira. Teoria da Legislação e Controle de Constitucionalidade: Algumas Notas. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília, vol. 1, n. 1, maio 1999.

CARVALHO, Rodrigo de. A necessidade de atuação do poder judiciário como legislador positivo para a efetiva implementação de direitos sociais fundamentais em face dos efeitos da globalização econômica e do neoliberalismo. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012.* Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/teoria.htm. Acesso em 25 nov. 2012.

MONTESQUIEU, **Do espírito das leis**. Tradução publicada sob a licença de Difusão Européia do Livro. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

_____, Charles Louis de. **O Espírito das Leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982. Título original: *De l'esprit des lois*.

MORO, Sergio Fernando. Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano 9, n. 37, out-dez. 2001.

_____, Sergio Fernando. Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais. **Jurisdição constitucional como Democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ORSELLI, Helena Maria Zanetti de Azevedo. Importância do planejamento e da execução de políticas públicas pelo Estado brasileiro, voltadas ao alcance do bem comum, no cenário da globalização econômica. *In: PASOLD, Cesar Luiz (org.). Primeiros Ensaio de Teoria do Estado e da Constituição*. Curitiba: Juruá, 2010.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 11. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium, 2008.

RAWLS, John *apud* QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2002.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. Controle jurisdicional dos atos políticos do Poder Executivo. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 8, São Paulo: Malheiros, 1994.

SLAIB FILHO, Nagib. **Breve história do Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/breve_historia_controle_constitu.pdf. Acesso em 25 nov. 2012.

CARVALHO, Rodrigo de. A necessidade de atuação do poder judiciário como legislador positivo para a efetiva implementação de direitos sociais fundamentais em face dos efeitos da globalização econômica e do neoliberalismo. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____, Lenio Luiz. Hermenêutica, Estado e Política: uma visão do papel da Constituição em países periféricos. *In* CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk e GARCIA, Marcos Leite (org.). **Reflexões sobre Política e Direito** – Homenagem aos Professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

VIVIANI, Maury Roberto. Soberania e Poder do Estado no contexto da globalização. *In*: PASOLD, Cesar Luiz (org.). **Primeiros Ensaios de Teoria do Estado e da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2010.

ZENI, Carine. O Poder Judiciário como legislador positivo na efetivação dos direitos fundamentais sociais. **Revista Discurso Jurídico**. Vol. 3, n. 2, 2007. Disponível em <http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/viewFile/217/103>. Acesso em 25 nov. 2012.