



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Ativismo Judicial na Consecução dos Direitos Fundamentais

Glaucia Fernandes Paiva Saenger

Rio de Janeiro
2009

GLAUCIA FERNANDES PAIVA SAENGER

O Ativismo Judicial na Consecução dos Direitos Fundamentais

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós Graduação.

Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^a. Mônica Areal

Rio de Janeiro
2009

O ATIVISMO JUDICIAL NA CONSECUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Glaucia Fernandes Paiva Saenger
Graduada pela Universidade Estácio De Sá.
Advogada.

Resumo: a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988 trouxe em seu texto inúmeros direitos e garantias ao cidadão. Conhecida como a Constituição cidadã, sua própria estrutura topográfica deixa claro a prevalência dada à pessoa humana em sua órbita pessoal e social. Entretanto, o constituinte originário, em inúmeros momentos, transferiu ao legislador ordinário e aos administradores o dever de agir no intuito de viabilizar efetivamente o exercício de tais direitos. Ocorre que a sociedade ávida e carente de tais regulamentações e políticas públicas, recorrem ao Poder Judiciário no intuito de obter do Estado a prestação que lhes é devida. O Judiciário, por sua vez, deve prestar a tutela jurisdicional, porém atua com cautela, com vistas a não ferir a Separação de Poderes, e concomitantemente a prestar o seu mister na satisfação dos direitos individuais e sociais. Nesse escopo atua o Ativismo Judicial na busca da efetivação de direitos garantidos constitucionalmente.

Palavras-chaves: Direitos fundamentais, Separação, Poderes, Ativismo, Judicial.

Sumário: 1- Introdução. 2- A Separação dos Poderes. 3- A Judicialização da Política e o Ativismo Judicial. 4- O Ativismo Judicial no Brasil. 5-O Mandado de Injunção e os efeitos da sentença. 6-A Legitimação do Ativismo Judicial. 7-O ativismo Judicial perante a administração pública. 8- Conclusão.

1- INTRODUÇÃO

Trata-se de artigo que visa abordar a questão do ativismo judicial em âmbito do sistema jurídico brasileiro na consecução dos direitos fundamentais.

Busca abordar o surgimento do ativismo judicial como decorrência da inércia dos poderes legislativo e executivo, o que acaba por desaguar na atuação positiva do judiciário no intuito de sanar a inércia dos poderes mencionados.

Visa demonstrar, inserido no esboço do tema abordado, a delicada relação entre o Legislativo, Executivo e Judiciário em virtude das limitações impostas pela separação de poderes estabelecida na constituição federal.

Com esse propósito, este artigo aborda o ativismo judicial no Brasil e a proposta de medidas que possam fortalecer a atuação do Judiciário.

2-A SEPARAÇÃO DOS PODERES

A história da Separação dos Poderes está inserida na própria história evolutiva das sociedades.

Desde as mais remotas notícias da história da humanidade sabe-se que o ser humano é gregário, ou seja, não sobrevive isolado. Nos primórdios a formação de agrupamentos humanos favorecia na defesa de todos contra ataques de feras e grupos rivais.

A partir do momento em que o homem reuniu-se em grupos para garantir a sobrevivência e perpetuação da espécie, houve a aparição natural de líderes, aqueles que comandavam todo um agrupamento humano. As primeiras regras jurídicas embrionárias surgiram a partir dos costumes, das necessidades naturais de sobrevivência. Ficavam então determinadas algumas regras como a separação das tarefas, condutas proibidas e punição dos infratores pela não observância de tais comandos.

Naturalmente na história evolutiva da sociedade, houve a concentração dos poderes nas mãos desse líder, que detinha poder de vida e de morte de todos aqueles que compunham dado

agrupamento.

Passados séculos, o poder passou a ser considerado como algo divino, transmitido por Deus àqueles que teriam sido por ele escolhidos. Passou-se então a encarar os desmandos do soberano como a vontade de Deus, o que propiciava a perpetuação do poder nas mãos de famílias que o transmitiam de geração à geração.

A célebre frase pronunciada por Luís XIV (sec. XVII) *L'État c'es moi*, ou seja, “o Estado sou eu”, reflete bem o que se vislumbrava no absolutismo monárquico que concentrava nas mãos do rei todos os poderes, sem qualquer limitação ou interferência.

Remontando a história da separação dos poderes, Aristóteles (334/322 A.C) em sua obra *Política* traz a idéia de repartição com vistas a combater a concentração de poder absoluto nas mãos de uma só pessoa, o que gera abusos, insegurança social, e uso da máquina pública para o alcance de interesses próprios em detrimentos do bem estar público.

Vislumbrou o pensador a existência de três funções distintas que eram exercidas pelo poder soberano, a função de editar normas, cuja observância deveria ser obrigatória para todos; a de aplicar as referidas normas ao caso concreto, e a de julgar os conflitos surgidos com base nas normas previamente existentes.

Destarte, a contribuição de Aristóteles foi fundamental para identificar os poderes que ficavam concentrados na figura do soberano, e tais poderes são hoje nominados como Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário.

Tempos mais tarde as descobertas de Aristóteles viriam a ser aprimoradas por Montesquieu (1.748) em sua obra *O espírito das Leis*.

Fora o grande pensador francês que ligou o exercício de tais poderes a três distintos órgãos. Tal teoria surge em afronta ao absolutismo para definir a necessidade de depositar cada um daqueles poderes nas mãos de três organismos distintos, exterminando com a concentração do poder nas mãos de um só soberano.

Para tal teoria, cada órgão exerceria sua função típica de forma autônoma e independente.

A teoria de Montesquieu foi adotada em diversos países, a exemplo do Brasil, porém em virtude das realidades sociais se percebeu a necessidade de um controle mútuo com vistas a evitar a ocorrência do que se observava no absolutismo, ou seja, desmandos decorrentes da falta de limites impostos a cada um desses órgãos.

Além disso, percebeu-se que a separação absoluta pregada por Montesquieu não poderia ser aplicada em toda a sua amplitude, e consagrou-se que além da função típica que cada órgão estaria afeto, exerceriam de forma atípica funções de outros poderes com fins de permitir a organização interna na busca da consecução de seu mister principal, e também como forma de controle dos atos dos demais poderes. Surge então a teoria dos freios e contrapesos.

A separação de poderes está prevista na Constituição Federal no artigo 2º com a seguinte redação: *Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*

Ao sistema de separação de poderes, foi adicionado o de freios e contrapesos pregando que são de duas espécies os atos praticados pelo Estado, a saber, os gerais, atos que somente poderão ser praticados pelo Poder Legislativo, que consistem na criação de regras gerais abstratas de observância obrigatória por todos.

Destarte, o Poder Legislativo que só atua emitindo atos gerais, não atua concretamente na vida social, não podendo, pois, cometer abusos de poder ao favorecer ou prejudicar quem quer que seja. Depois de criados os atos gerais pelo Poder Legislativo, abre-se a oportunidade de atuação do Poder Executivo por meio de atos especiais. O Executivo possui meios próprios para agir, mas está igualmente limitado na sua atuação em virtude da observância obrigatória dos atos gerais emanados pelo outro Poder, não podendo, em regra, agir discricionariamente.

Se houver exorbitância na atuação em concreto de qualquer dos órgãos mencionados, abre-se a via judicial de controle pela ação fiscalizadora do Poder Judiciário, obrigando cada um a permanecer dentro da sua esfera de competência.

O professor Humberto Peña de Moraes, ao ministrar aula na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (04/2009), mencionou de forma extremamente elucidativa, que o legislador é o homem do futuro, pois a legislação prevê conduta futura; o administrador é o homem do presente, pois a administração atua no presente munido das regras estabelecidas pelo homem do futuro; o juiz é o homem do passado, pois a jurisdição cuida de dirimir fato pretérito.

A partir da noção de que os Poderes são independentes entre si, as atribuições delegadas pelo constituinte originário não poderão ser delegadas. Essa é a noção que transmite o princípio da indelegabilidade de atribuições.

Ressalte-se, pois, que um órgão somente poderá atuar na esfera de competência do outro quando haja expressa previsão legal, dando ensejo a legitimação para a atuação atípica de cada poder, ou então quando há delegação realizada pelo próprio constituinte originário, como é o caso da lei delegada prevista no artigo 68 da carta maior, onde a função de legislar é delegada pelo Poder Legislativo ao Poder Executivo.

A separação de poderes se mostra tão necessária à manutenção de um estado democrático de direito, que o constituinte originário a erigiu a condição de cláusula pétrea, conforme artigo 60, § 4º, III da Constituição Federal.

Tendo em vista o princípio da separação de Poderes, com todas as características vistas e a indelegabilidade de atribuições, é lícito, ao Poder Judiciário, atuar concretamente no caso levado à sua análise, e criar normas gerais e abstratas, ou ainda determinar que o Poder Executivo seja compelido a agir em detrimento das suas próprias políticas públicas?

O ativismo judicial se insere exatamente nesse ponto nevrálgico que urge da necessidade de implemento de direitos constitucionalmente garantidos, e a limitação imposta pela separação orgânica dos poderes necessária à manutenção de um estado democrático de direito.

3- A Judicialização da Política e o Ativismo Judicial

No Estado democrático de direito o esvaziamento da política por omissão do Poder Legislativo, assim como a falta de efetividade nas políticas públicas pelo Executivo podem desaguar na judicialização da política e no ativismo judicial.

No caso do ativismo judicial exacerbado este pode representar uma afronta ao Estado democrático de direito, constituindo-se numa indevida intromissão do Poder Judiciário na atividade reservada ao Legislativo.

Vinte e um anos após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, inúmeros direitos consagrados na Carta cidadã encontram-se sem efetividade em função da omissão do Poder Legislativo em criar as normas necessárias a regulamentar tais direitos, bem como do Poder Executivo que na escolha das diretrizes políticas, por muitas vezes não privilegia direitos que permanecem abstratos, com mera previsão legal, mas sem qualquer efetividade.

Na opinião de Lênio Luiz Streck (2007, p. 177/195), no artigo “O Papel da Constituição dirigente na batalha contra decisionismos e arbitrariedades interpretativas”, In: Estudos Constitucionais, para as políticas públicas e direitos fundamentais-sociais de raiz prestacional, a Constituição é apenas um entrave ou, quando muito, um emaranhado de boas intenções, que atrapalham a governabilidade.

Nesse contexto é que entra o papel do Judiciário que, apesar de não poder substituir aos demais Poderes e realizar as políticas públicas é o destinatário das demandas crescentes em busca da efetividade dos direitos, que acabam por acarretar a judicialização da política.

Judicialização é um fenômeno inerente ao Estado democrático de direito tal como adotado no Brasil (CRFB/88, art. 1º, *caput*) que significa o acesso à justiça assegurado a todos contra qualquer tipo de lesão ou ameaça a um direito (CRFB/88, art. 5º, XXXV), enquanto o ativismo judicial poder-se-ia considerar uma afronta àquele Estado por tratar-se de uma indevida intromissão do Poder Judiciário na atividade reservada ao Legislativo.

O termo ativismo judicial teria nascido numa reportagem, em 1947, do jornalista Arthur Schlesinger a respeito da atuação da *Supreme Court* norte americana ao interpretar a Constituição no sentido de garantir os direitos. Dessarte, ativismo judicial seria a criação de uma norma pela atuação judicial na interpretação dos princípios constitucionais ou de uma regra lacunosa.

Pode-se, então, considerar que a criação de uma norma pelo ativismo judicial tem duas espécies: a inovadora que apresenta contornos de atividade legislativa e, portanto, carece de legitimidade democrática; e a reveladora ou hermenêutica que, apesar da criação normativa, segue aquilo que foi aprovado pelo legislador.

O ativismo judicial tem sua gênese no vácuo de poder deixado pelos demais Poderes da República. Nesse contexto, Eduardo Appio (2008) consigna que o ativismo judiciário significa, em breve síntese, que os juízes não eleitos diretamente pela população trazem para si a incumbência de decidir questões tradicionalmente afetas aos demais Poderes da República. Assim, o fenômeno da “judicialização da política” traz em seu interior a possibilidade de que as decisões sobre políticas públicas sejam tomadas por aqueles que não foram eleitos para esta importante missão.

A judicialização ou tribunalização da política é o fenômeno decorrente do esvaziamento da política por omissão do Poder Legislativo, bem como pela falta de efetividade por parte do Executivo que não garante direitos prioritários.

Como na natureza, um sistema político-jurídico abomina o vácuo. Destarte, todo poder quando não exercido deixa um vácuo para o qual sempre haverá alguém disposto a preenchê-lo.

4- O Ativismo Judicial no Brasil

O Estado Liberal prega a limitação da atuação judicial à letra da lei na solução de conflitos. Diferente do que se observa em um Estado Democrático de Direito social, onde deve o juiz julgar conforme os critérios de justiça pregados constitucionalmente. Eis a fonte bastante de um ativismo judicial revelador.

Na maior das vezes, o ativismo judicial surge inserido no contexto da satisfação dos direitos fundamentais de segunda geração, ou dimensão como preferem alguns.

Os direitos de segunda dimensão são aqueles que exigem do legislador, ou do administrador, condutas positivas com o fulcro de satisfazer na sua plenitude o exercício de tais direitos.

Na dimensão subjetiva, os direitos fundamentais são vistos sob a ótica do direito civil como verdadeiros direitos subjetivos, e a todo direito subjetivo corresponde um dever jurídico de dar, fazer ou não fazer. Se o devedor não cumpre voluntariamente sua prestação, faz nascer para o credor a pretensão, que poderá valer-se das vias judiciais com o propósito de ver sua demanda atendida, nos moldes do artigo 189 do Código Civil.

A teoria americana trouxe a divisão das normas constitucionais em auto-aplicáveis (self executing) e não auto-aplicáveis (not self executing). A teoria italiana inspirada na teoria americana dividiu as normas constitucionais em programáticas ou diretivas, e preceptivas. O prof. José Afonso da Silva foi pioneiro no assunto no Brasil, e com base nessas duas teorias fez a divisão tripartida das normas constitucionais em plenas, contidas e limitadas.

As normas limitadas impedem que os direitos sociais sejam plenamente alcançados pelos seus titulares.

A programaticidade dos direitos sociais é um drama enfrentado por países que, como o Brasil, resolveram inserir nas suas constituições os direitos sociais.

O grande problema da modernidade é como implementar, ou seja, tirar esses direitos do seu berço de abstração e prestá-los da maneira devida aos seus titulares.

Para defender a eficácia destas normas se criou o que se chama de eficácia negativa das normas limitadas.

De acordo com essa teoria as normas limitadas teriam o condão de:

- revogar as normas infraconstitucionais anteriores e contrarias ao atual texto constitucional , não recepção;
- servir como mecanismo de interpretação constitucional;
- funcionar como parâmetro de constitucionalidade.

Entretanto, todas as normas da Constituição possuem esses poderes. Não houve nada de novo nessa visão, ou seja, não resolve o problema da programaticidade dessas normas.

O ponto nevrálgico da questão dos direitos sociais é que muitos deles estão previstos no corpo da Constituição Federal como normas programáticas, normas constitucionais de eficácia limitada, e necessitam de uma lei integrativa infraconstitucional para gerar efeitos.

Nesse sentido, José Afonso da Silva observa que tais normas possuem uma eficácia imediata, direta e vinculante, pois estabelecem um dever ao legislador, qual seja, o de criar a norma que irá regulamentar o gozo de tais direitos.

5-O Mandado de Injunção e os efeitos da sentença

No que concerne à efetividade dos mecanismos prestacionais dos direitos fundamentais, relativamente à necessidade de atuação do Poder Legislativo, existe previsão constitucional do

mandado de Injunção, art. 5º, inciso LXXI da Constituição Federal, que possui a seguinte redação:

Art. 5º, LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

O mandado de injunção possui a sua origem no direito inglês, e adotado pelo direito norte americano. A palavra *injunction* significa uma ordem proibindo a parte de agir de um determinado modo, ou requerendo uma ação específica de outra parte.

Pode ser impetrado individualmente ou de forma coletiva.

Os requisitos para o mandado de injunção são: A) existência norma constitucional de eficácia limitada, prescrevendo direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, e à cidadania; B) falta de norma regulamentadora, tornando inviável o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas mencionados, ou seja, que haja omissão do Poder Legislativo.

Pode ser direcionado contra a omissão legislativa de qualquer ente da federação, a saber, União, Estados e Municípios.

O mandado de injunção, juntamente com a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, se espera combater a denominada “síndrome da inefetividade das normas constitucionais”.

Uma vez garantidos pela Constituição Federal certos direitos, não é aceitável que o seu exercício sejam embaraçados por quem detém o poder-dever de lhes dar efetividade.

Nesse espeque, e com base na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, conforme já mencionado, os direitos em questão encerram uma relação obrigacional, cujos devedores estão obrigados a um dever jurídico de dar, fazer ou não fazer, e no caso dos direitos que dependem de

uma norma regulamentadora, a prestação que se requer é de fazer a referida norma.

Uma vez negados tais direitos, fazem surgir a pretensão para o seu detentor, que poderá fazer uso do seu direito de ação, e provocar o Poder Judiciário para que aplique a lei ao caso concreto. No mandado de injunção o interessado requer seja criada a norma regulamentadora do seu direito constitucionalmente garantido.

Proposto o mandado de injunção, e julgado procedente pelo magistrado, quais serão os efeitos dessa decisão?

Para que possa responder a tal questionamento, precisam-se analisar as diferentes posições acerca do assunto.

A posição denominada concretista geral defende que o magistrado irá legislar no caso concreto, produzindo a sentença efeitos *erga omnes* até que sobrevenha a norma integrativa pelo Legislativo.

Já para a posição concretista individual direta, a decisão valerá somente para o caso concreto, aproveitando somente ao autor do mandado de injunção.

A posição concretista individual intermediária estabelece que julgando procedente o pedido no mandado de injunção, o Judiciário deve estabelecer um prazo para que o Legislativo elabore a norma, vencido este prazo sem que a lei tenha sido produzida, o direito do autor será assegurado.

E por fim, a teoria não concretista impõe apenas que o Judiciário decrete a mora do poder omissor, reconhecendo formalmente a sua inércia, e que em nada adianta a parte interessada.

A posição não concretista foi a dominante por muito tempo junto ao STF, o que fora alvo de severas críticas da doutrina em virtude de a decisão da Suprema Corte nesses casos ser completamente inócua.

Evoluindo o STF aplicou em alguns casos a posição concretista individual, v.g, no MI 232-1, fixando prazo para o Legislativo criar a norma, e vencido o prazo, garantindo o direito do autor.

No MI 721 o STF julgou parcialmente procedente o pedido formulado para garantir a aposentadoria da autora com base no regime geral de previdência social em virtude da falta de regulamentação do art. 40, § 4º da CF por inércia do Presidente da República, autoridade que detém o poder de iniciativa para o referido projeto de lei.

Rechaçou a posição não concretista ao consignar no acórdão que salientando o caráter mandamental e não simplesmente declaratório do mandado de injunção, asseverou-se caber ao Judiciário, por força do disposto no art. 5º, LXXI e seu § 1º, da CF, não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as conseqüências da inércia do legislador.

A decisão mais emblemática no que concerne à história do mandado de injunção, foi sem qualquer espaço para dúvidas o que ficou consignado no MI 712, onde o STF adotou a posição concretista geral. No voto foram mencionados o MI 670/ES e o MI 708/DF, onde prevalecera o voto do Min. Gilmar Mendes.

Nele, inicialmente, teceram-se considerações a respeito da questão da conformação constitucional do mandado de injunção no Direito Brasileiro, e da evolução da interpretação que o Supremo lhe tem conferido.

Ressaltou-se que a Corte, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário.

Registrou-se, ademais, o quadro de omissão que se desenhou, não obstante as sucessivas decisões proferidas nos mandados de injunção. Entendeu-se que, diante disso, talvez se devesse refletir sobre a adoção, como alternativa provisória, para esse impasse, de uma moderada sentença de perfil aditivo.

Aduziu-se, no ponto, no que concerne à aceitação das sentenças aditivas ou modificativas, que elas são em geral aceitas quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora “solução constitucionalmente obrigatória”.

Salientou-se que a disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, no que tange às denominadas atividades essenciais, é especificamente delineada nos artigos 9 a 11 da Lei 7.783/89 e que, no caso de aplicação dessa legislação à hipótese do direito de greve dos servidores públicos, afigurar-se-ia inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos, de um lado, com o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua, de outro.

Assim, tendo em conta que ao legislador não seria dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina, reconheceu-se a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional. É aqui que começa a surgir o ativismo judicial com vistas a dar efetividade aos direitos fundamentais carecedores de regulamentação.

Na visão de Luiz Roberto Barroso (2009) o ativismo judicial no Brasil se deve a duas razões: à nova composição do STF por Ministros preocupados com a concretização dos valores e princípios constitucionais; e à crise de funcionalidade do Poder Legislativo que estimula tanto a edição de medidas provisórias (MP) como o ativismo judicial.

O STF até muito recentemente era uma Corte dominada por juristas conservadores indicados para o cargo antes da redemocratização. Hodiernamente, os Ministros pós-CRFB/88 parecem não apresentar aversão à projeção pública que suas decisões acarretam, bem como compreendem a extensão dos poderes conferidos à Corte Suprema, tais como a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e o mandado de injunção (MI), cujo objetivo é a efetivação dos direitos constitucionais.

Passados mais de 20 anos da promulgação da Constituição pátria existem, ainda, 54 artigos não regulamentados. Com o fito de suprir esta omissão legislativa o presidente do STF, Gilmar Mendes (2008), saiu em defesa do ativismo judicial da mais alta Corte: “não é por razões ideológicas ou pressão popular. É porque a Constituição exige. Nós estamos traduzindo, até tardiamente, o espírito da Carta de 88, que deu à Corte poderes mais amplos”.

E adverte o Eminentíssimo Ministro (2008): “não há judicialização da política quando as questões políticas estão configuradas como verdadeiras questões de Direito”.

Nesse sentido, sob o argumento hermenêutico da “interpretação conforme a Constituição”, o Supremo já decidiu, entre outros, pelo uso científico das células tronco, proibiu o nepotismo – editando uma súmula vinculante –, autorizou a greve dos servidores públicos com base na lei própria da iniciativa privada, e demarcou de forma contínua as terras indígenas da Reserva Raposa Serra do Sol – porém, impôs 19 medidas de restrição à utilização da reserva.

No mesmo condão o STF decidiu a questão da infidelidade partidária atribuindo à Legenda partidária os votos que elegeram seus parlamentares.

Mesmo fora dos Tribunais, nossos magistrados, no que se pode considerar uma demonstração de ativismo judicial, pretendem alcançar a integração regional na área judiciária e a criação da “Carta de Direitos Fundamentais do Mercosul”, durante o VI Encontro de Cortes Supremas do Mercosul, previsto para este ano.

Não é por menos que na opinião de Eduardo Appio “temos, hoje no País, a Suprema Corte mais ativista de todo mundo”.

6-A Legitimação do Ativismo Judicial

À medida que os casos de ativismo judicial se tornam mais frequentes, excessos poderão ocorrer. Socorrendo-se das lições de Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto (2007, p. 101),

no artigo “A atuação do juiz no estado democrático de direito: Em busca do ponto de equilíbrio”, In: Estudos Constitucionais consigna que esse é o preço a se pagar para que o estado democrático seja implementado, sendo fundamental ter mecanismos para corrigir tais práticas e recolocar as coisas no seu devido lugar, os quais poderiam consistir em, por exemplo, maior regulamentação por parte do legislativo dos direitos constitucionalmente assegurados, o que reduziria os espaços decisórios e, ainda, adoção de um juízo de proporcionalidade e razoabilidade permanente nas decisões judiciais.

Na opinião de Marcos Paulo Veríssimo (2007), o ativismo judicial no caso brasileiro é talvez impossível de evitar, mas o essencial é que seja informado pela razão jurídica e não pela ideologia ou crenças de cada Ministro.

Considerado como inevitável, pode-se propor um freio à atuação do Judiciário que, para o Deputado Maurício Rands (2007), deveria estar vedado de julgar as matérias pendentes no Congresso. Já para o Deputado Márcio França (2007) os Ministros dos Tribunais Superiores deveriam ser eleitos diretamente.

Em tramitação, existe a PEC 342/09, de autoria do Deputado Flávio Dino (2009), que, uma vez aprovada, instituirá um mandato de 11 anos para os Ministros do STF e restringirá a escolha dos Ministros a listas prévias feitas pelo STJ, TST, CNJ, OAB, CNMP e órgãos colegiados das Faculdades de Direito. Para o parlamentar faz-se mister combater o que considera um “ultra-ativismo judicial do STF” para o qual não há “mecanismos de legitimação e participação” e “se o Supremo é cada vez mais um órgão político, trata-se de introduzir critérios políticos na sua composição e funcionamento”.

7-O ativismo Judicial perante a administração pública.

Conforme já amplamente explanado, a separação de poderes impõe limites à atuação do Poder Judiciário na esfera de competências dos demais poderes.

Contudo, é muito tênue a linha entre discricionariedade do administrador na forma em que irá concretizar as políticas pública escolhidas pelo Poder Executivo, e a ofensa a postulados constitucionais.

Dessa forma, quando o Poder Executivo não contempla em suas prioridades a consecução de direitos constitucionalmente garantidos, e que merecem prioridade, o Poder Judiciário pode intervir.

Convém aqui mencionar acerca do princípio da eficiência, incluído no corpo da Constituição Federal. A administração pública burocrática esta dando lugar a administração pública gerencial e esta passagem ocorre exatamente com a inclusão do princípio da eficiência. Eficiência significa atender ao interesse publico com o menor custo possível.

A EC 19 incluiu no caput do art. 37 CF tal princípio, no qual, a administração publica deve buscar os melhores resultados com o menor custo. Esse princípio esta relacionado com o conceito de Estado gerencial e tem grande aplicação da prestação de serviços públicos.

Conforme a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho (2006), de nada adiantará a menção a tal principio se não houver uma disciplina precisa e definida sobre os meios de assegurar os direitos dos usuários, a qual ha muito já deveria ter sido instituída se tivesse sido regulamentado o art. 37 § 3º da CRFB, que, mesmo antes da alteração introduzida pela EC 19, previa expressamente a edição de lei para regular as reclamações relativas a prestação de serviços públicos. Fora daí, o principio tornar-se-á letra morta.

Tal princípio não alcança apenas os serviços públicos prestados diretamente à sociedade, deve ser observado também em relação aos serviços administrativos internos das pessoas federativas e das pessoas a elas vinculadas, o que também se mostra de interesse direto de toda a sociedade. Esta ligada a idéia de administração gerencial, segundo a qual se faz necessário identificar uma gerência publica compatível com as necessidades comuns da Administração, sem prejuízo para o interesse público que impele toda atividade administrativa.

Muitos problemas vem enfrentando os publicistas com relação ao controle da observância do princípio da eficiência. O tema é complexo, pois de um lado deve respeitar-se as diretrizes e prioridades adotadas pelos administradores públicos, bem como os recursos financeiros, mas de outro não se pode desprezar um princípio cuja observância foi exigida pela Constituição Federal.

Do choque entre existência de um direito constitucionalmente assegurado mediante a inserção do princípio da eficiência no artigo 37 da CF, e o necessário respeito às diretrizes e prioridades dos administradores públicos, bem como os recursos financeiros disponíveis, surge à necessária atuação do Poder Judiciário.

É certo que ao Poder Judiciário não é permitido imiscuir na forma de cumprimento das políticas públicas adotadas pelo executivo, porém, sendo o princípio da eficiência de observância obrigatória pelo administrador, é dever do Poder Judiciário, quando provocado, determinar a sua observância, podendo anular os atos que, comprovadamente, inobservaram tal princípio, sem que isso se caracterize quebra da separação de poderes.

Os controles administrativo interno e legislativo são reconhecidamente legítimos à luz dos artigos 70 e 74 da CRFB. Entretanto, o controle judicial só pode incidir quando se tratar de comprovada ilegalidade, pois o Poder Judiciário não pode compelir a tomada de decisão que entende ser de maior grau de eficiência, nem invalidar atos administrativos invocando exclusivamente o princípio da eficiência.

Todavia, tal raciocínio não visa evitar o controle dos atos administrativos por parte do Poder Judiciário, mas sim impedir que esse não extrapole a esfera da sua competência, e venha a atuar como verdadeiro administrador, determinando como as políticas públicas deverão ser concretizadas.

Para negar os direitos aqui estudados, não raro o administrador alega a reserva do possível, que se consubstancia na limitação para o atendimento dos direitos da população de acordo com a

disponibilidade das verbas públicas. No entanto, a reserva do possível não pode prevalecer ante o mínimo existencial necessário a manter hígida a dignidade da pessoa humana.

Em decisão polêmica o Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins condenou esse ente da federação em obrigação de fazer no sentido de implantar na cidade de Araguaina uma unidade especializada para o cumprimento das medidas sócio educativas de internação e semi-liberdade, aplicadas aos menores infratores, e fixou prazo para o cumprimento da obrigação com imposição de multa no caso de descumprimento da decisão.

O caso chegou até o STF, e em 08 de julho de 2008 foi proferida a decisão da lavra do Ministro Gilmar Mendes no sentido de confirmar a decisão daquele Tribunal.

No caso os adolescentes infratores estavam alocados em cadeia local, e em celas onde permitia o acesso visual e verbal aos presos adultos, ambiente que foi considerado como inóspito pelo Conselho Tutelar de Araguaína.

Ressalte-se que fora descumprido Termo de Ajustamento de Conduta firmado anteriormente entre o Ministério Público estadual e o Governo de Tocantins, cujo teor importava na alocação de recursos para a criação do regime de semi-liberdade naquela comarca.

Na ação civil pública o Ministério Público alegou violação aos direitos dos adolescentes, e à política básica de atendimento, previstos no art. 227, caput e parágrafo 3º da Constituição Federal, e concretizados nas determinações do ECA.

Dessarte, a discussão centra girava em torno do princípio da separação dos poderes concretizado pelo direito do Estado definir discricionariamente a formulação de políticas públicas voltadas a adolescentes infratores, e a proteção constitucional dos direitos dos adolescentes infratores, e de uma política básica de seu atendimento.

Entendeu o Ministro Gilmar Mendes que o direito do adolescente impende a necessidade de atuação positiva, e que condicioná-lo à reserva do possível seria como blindar, por meio de

um espaço amplo de discricionariedade estatal, situação repugnada pela sociedade, consubstanciando-se em proteção insuficiente.

Mencionou que o princípio da separação de poderes, nos dias atuais, exige temperamentos e ajustes à luz da realidade constitucional brasileira, e que a alegação da separação não justifica a inércia do Poder Executivo estadual em cumprir com seu dever constitucional de garantia do direito da criança e do adolescente com a absoluta prioridade que reclama o texto constitucional.

Com esses fundamentos entendeu o Ministro Gilmar Mendes que não há violação da separação de poderes quando o Poder Judiciário determina ao Poder Executivo estadual o cumprimento do dever constitucional específico de proteção adequada dos adolescentes infratores, pois a determinação é da própria constituição, e que a proibição da proteção insuficiente.

8-CONCLUSÃO

A judicialização da política é um fenômeno inerente ao Estado democrático de direito que ocorre na medida em que há a busca da efetividade dos direitos, pela via do Judiciário, como consequência do esvaziamento da política por omissão do Poder Legislativo, bem como pela falta de efetividade por parte do Executivo ao não realizarem as políticas públicas.

O ativismo judicial que, por sua vez, traz a ameaça de ser uma afronta ao Estado democrático de direito, por tratar-se de uma indevida intromissão do Poder Judiciário na atividade reservada ao Legislativo, vem se tornando mais frequente no Brasil, em especial, pela compreensão dos magistrados dos Tribunais Superiores da extensão dos poderes a eles conferidos pela Constituição de 88.

Considerado um fenômeno inevitável, o ativismo judicial deve ser pautado pela razão jurídica e não pela ideologia ou crenças de cada Ministro, o que recomenda a adoção de medidas que possam propor um freio à atuação do Judiciário, por meio de mecanismos de legitimação e participação, e a introdução de critérios políticos na sua composição e funcionamento.