



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

O Ativismo Judicial nas Políticas Públicas

Patricia Carbonel Campos da Rocha

Rio de Janeiro

2009

PATRICIA CARBONEL CAMPOS DA ROCHA

O Ativismo Judicial nas Políticas Públicas

Artigo Científico Jurídico apresentado como exigência final da disciplina Trabalho de Conclusão de Curso à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Orientadores:

Prof^ª. Néli Fetzner

Mônica Areal

Nelson Tavares

O ATIVISMO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Patricia Carbonel Campos da Rocha

Resumo: O trabalho enfoca a questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Para tal, estabelece como premissa a necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direitos Sociais. Políticas Públicas. Separação dos Poderes. Intervenção do Judiciário. Princípio da Máxima Efetividade dos Direitos Fundamentais. Princípio da Reserva do Possível. Princípio do Mínimo Existencial.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM, 2. I) BREVE ABORDAGEM HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, 2. II) DIREITOS SOCIAIS E O ATIVISMO JUDICIAL; 3. A PONDERAÇÃO DE INTERESSES APLICÁVEIS NO ATIVISMO JUDICIAL, 3. I) O PAPEL POLÍTICO DO JUIZ E A APLICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO, 3. II) A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES E O JUIZ COMO LEGISLADOR POSITIVO – A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA, 3. III) CONTROLE DE DISCRICIONARIEDADE, 3. IV) TRINÔMIO PRINCIPIOLÓGICO: MÁXIMA EFETIVIDADE, RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL; 4. ATIVISMO JUDICIAL E MECANISMOS PROCESSUAIS, 4. I) REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS: MANDADO DE INJUNÇÃO E MANDADO DE SEGURANÇA, 4. II) A DISSEMINAÇÃO DAS TUTELAS COLETIVAS; 5. JURISPRUDÊNCIA APLICADA, 5. I) DIREITO À SAÚDE: AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – RE 195.192/RS, 5. II) DIREITO À SAÚDE: LEITE ESPECIAL (PRESCRIÇÃO MÉDICA). SOLIDARIEDADE NO FORNECIMENTO – TJ/RJ AP 27456/08 E RESP 900.487/RS, 5. III) DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL: DISPONIBILIZAÇÃO DE VAGAS EM CRECHE – RE 436.996/SP, 5. IV) DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES: REGULAMENTAÇÃO CONCRETA - MI 670/ES, 708/DF, 712/PA, 5. V) ADPF 45-9/DF; **CONCLUSÃO**

1. INTRODUÇÃO:

O trabalho tem por objetivo tratar da intervenção do Poder Judiciário em áreas tradicionalmente afetas aos Poderes Legislativo e Executivo, como, por exemplo, as de formular e executar políticas públicas decorrentes dos direitos sociais insculpidos na Constituição da República.

Esse é um tema que desperta controvérsias na medida em que a República tem como um dos seus fundamentos basilares a Separação dos Poderes e a cada um dos Poderes Federativos foi atribuída a competência para o exercício de atividades típicas. Dessa forma, reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo a prerrogativa de formular e executar políticas públicas - consideradas discricionarieidade administrativa.

O problema central consiste em definir em que medida este controle judicial é compatível com a democracia no Brasil. Isto porque, embora a exploração científica da participação do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade e legalidade da atividade legislativa e administrativa não seja novidade, o controle judicial das políticas públicas o é.

Com este intuito, propor-se-á que as decisões judiciais contra-majoritárias, em sede de controle de políticas públicas, não se subsuma a democracia num modelo exclusivo de representação eleitoral. Para tal, estabelece como premissa a necessidade de preservação ou do restabelecimento, em favor dos indivíduos, da integridade da sua dignidade.

Desta forma, quando o executivo negligencia a implantação dessas políticas sociais relevantes compromete-se gravemente a efetivação dos direitos fundamentais, os quais podem vir a afrontar o núcleo do mínimo existencial do indivíduo.

Ao longo do artigo serão analisadas questões acerca da evolução e características das gerações dos direitos fundamentais; os limites à Separação dos Poderes; a mitigação à discricionarieidade administrativa; a questão da reserva do possível dentro dos limites do Erário; bem como as vias processuais adequadas à busca da tutela jurisdicional.

A metodologia utilizada será qualitativa parcialmente exploratória.

Necessita-se, assim, explorar a viabilidade de uma atuação ativa do Judiciário em face do próprio Estado, quando uma inaceitável omissão governamental impossibilitar o efetivo acesso aos direitos insculpidos na Constituição. Em especial os direitos segunda geração – sócio-econômicos e culturais – que exigem do Estado prestações positivas.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM

2. I) BREVE ABORDAGEM HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O processo de constitucionalização do direito é um movimento dos Estados Nacionais. Se por um lado é importante para criar pautas mínimas de direito, por outro pode contribuir para a própria ineficácia dos direitos do homem.

Isso ocorre porque a comunidade internacional não dispõe de mecanismos eficazes de coerção. Os tratados e acordos, de um modo geral, que tratam dos direitos do homem são normas meramente enunciativas ou programáticas.

A expressão direitos humanos, ou direitos do homem, é usada em documentos internacionais, enquanto a expressão direitos fundamentais é utilizada em textos constitucionais, embora tenham a mesma conotação.

Nesse sentido, Norberto Bobbio (2004) trata da multiplicação dos direitos do Homem, abordando razões para tal fenômeno.

A primeira razão foi a 2ª Guerra Mundial. A partir da segunda década do século XX houve um aumento dos bens merecedores de tutela. Os direitos liberais clássicos, chamados direitos civis de 1ª geração, provenientes da Revolução Francesa e que davam primazia ao valor liberdade, não atendiam mais as pautas de reivindicação. A lógica das prestações negativas, segundo a qual a postura do Estado era a sua não intervenção, a mera não violação das liberdades, resultou no arraso causado pela 2ª Guerra.

Assim, outros direitos passaram a compor a pauta internacional e a pauta também do próprio âmbito interno dos Estados, os chamados direitos sociais e políticos de 2ª geração. Estes passam a exigir dos Estados um direito prestacional positivo: promover a saúde, educação, condições salubres de trabalho... Bem como, que fosse garantida a liberdade do voto, a lisura do pleito.

Essa seqüência de nascimento dos direitos ocorreu na sociedade inglesa. No Brasil, os direitos sociais se desenvolveram antes e com mais intensidade do que os direitos políticos e os direitos civis, principalmente na Era Vargas, época em que houve um discurso social forte, em detrimento dos direitos políticos. O mesmo se seguiu no período da ditadura militar.

O segundo fator que Bobbio aponta para a chamada multiplicação dos direitos foi a extensão da sua titularidade, a qual deixa de ser apenas o indivíduo, passando a também ser a coletividade, com a tutela dos direitos transindividuais: difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Esse segundo fator é que fez surgir a tutela coletiva através das ações constitucionais: Mandado de Segurança Coletivo, Ação Popular, Ação Civil Pública... De forma a proporcionar ao cidadão maior eficácia na tutela de seus direitos. Seja porque várias pessoas juntas, reivindicando um direito, têm mais força do que o indivíduo sozinho, seja porque órgãos públicos como a Defensoria e o Ministério Público, passando a ser legitimados para tutela de tais interesses transindividuais, os pode melhor defender.

O terceiro fator apontado pelo referido autor foi o homem passar a ser visto na sua especificidade. As novas pautas de reivindicação começam a apontar diferenças entre as pessoas, principalmente no que diz respeito aos direitos sociais. A concepção do homem genérico, concepção clássica dos direitos fundamentais, passa a ser aperfeiçoada de modo a que o homem genérico possa ser especificado a partir de suas necessidades particulares: o idoso, a criança, o adolescente, o deficiente mental, o deficiente físico etc.

Bobbio ressalta que a multiplicação dos direitos vai ocorrer, principalmente, no campo dos direitos sociais.

Quando se chega na 3ª geração de direitos, apresenta-se um ambiente de grande desenvolvimento tecnológico, começam a surgir preocupações com o meio ambiente, com o direito do consumidor. A expansão da atividade industrial gera não só benefícios, mas também a possibilidade de danos e riscos coletivos. A ênfase passa a ser a formação de rede de solidariedade entre os indivíduos de uma sociedade. A lógica não é mais do distanciamento do Estado como no Estado liberal, mas também não é a lógica do Estado Social. É a lógica da integração entre sociedade civil e a administração pública, é a influência da primeira na formação da vontade do Estado.

Com a Constituição de República de 1988, o direito constitucional passa a ter uma maior importância no Brasil. Os direitos estão sendo constitucionalizados, inclusive os direitos eminentemente privados, como o direito civil.

O trabalho se concentra nos direitos fundamentais de segunda geração, os direitos sociais, os quais são definidos de forma geral e abstrata na Constituição da República. Eles darão ensejo às políticas públicas, a serem definidas de forma discricionária pelos Poderes Executivo e Legislativo, para promover o desenvolvimento humano e social do país.

Com isso surge a discussão: É possível compelir o Estado a construir uma creche, a prover de forma eficaz e digna serviços de saúde? Esses questionamentos surgem quando os direitos sociais passam a ser merecedores de tutela.

2. II) DIREITOS SOCIAIS E O ATIVISMO JUDICIAL

O artigo 6º da Constituição da República se refere de maneira genérica aos direitos sociais por excelência, como o direito a saúde, a educação, a moradia, ao trabalho, ao lazer... e buscam conferir melhor qualidade de vida aos indivíduos. Sua constitucionalização uma vitória da democracia, sendo razoável supor que direitos sociais previstos diretamente na constituição são mais eficazes que direitos enunciados em normas infraconstitucionais.

Entretanto, a mera constitucionalização desses direitos não é suficiente. Nesses mais de vinte anos de Constituição houve, sem dúvida, avanços sociais importantes. Mas apesar dos avanços, continuamos sendo um dos países mais desiguais do mundo e estamos longe de poder ostentar os indicadores sociais que nosso porte econômico nos facultariam.

Nesse contexto, surgem vozes divergentes acerca da possibilidade de o Judiciário brasileiro passar a exercer papel ativo na implementação de certos direitos sociais, ordenando ao Estado, por exemplo, o fornecimento de medicamentos e procedimentos médicos não disponíveis no SUS, ou mesmo, garantia de acesso a vagas em escolas e creches superlotadas.

Os defensores do ativismo judicial defendem essa interferência para garantir o cumprimento dos direitos sociais sempre que a inércia do Executivo e o Legislativo os violarem. Do contrário, uma atitude passiva dos juízes poderia equivaler a uma verdadeira abdicação de sua principal missão constitucional – fazer justiça.

Cumprir ressaltar, que o papel do Judiciário ativo no campo das políticas públicas dos direitos sociais tem se restringido a medidas pontuais e individualizadas. E não poderia ser diferente. Primeiro porque ele tem características estruturais e institucionais que restringem significativamente sua capacidade de promover mudanças sociais abrangentes. Ademais, a interferência do Judiciário nas políticas públicas sociais gera a possibilidade real de se modificar, para pior, programas que, embora imperfeitos, foram pensados e implementados por especialistas.

Nesse contexto, defende-se a revisão judicial das políticas públicas sociais limitando-se a um controle de procedimentos e de razoabilidade na definição de prioridades distributivas, bem como dos meios para pô-las em prática. Assim, ponderando interesses e princípios constitucionais o Judiciário poderá exercer um papel importante e mais efetivo para o desenvolvimento social do país.

3. A PONDERAÇÃO DE INTERESSES APLICÁVEIS NO ATIVISMO JUDICIAL

3. I) O PAPEL POLÍTICO DO JUIZ E A APLICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

O juiz, atualmente, não é mais visto como simples aplicador do direito, como queria o liberalismo clássico, seu papel foi alterado para verdadeiro agente político. Sua decisão importará a alocação de mais recursos, a alteração de certos procedimentos (para atender ao caso concreto), até mesmo proferir julgamento por equidade.

O aprendizado desta nova forma de pensar para o magistrado exige que ele tome sempre em consideração duas questões: de um lado a atenção constante aos princípios constitucionais da independência dos Poderes, respeito à discricionariedade administrativa e à reserva do possível; de outro a redobrada sensibilidade com a realidade social.

O choque entre os interesses em jogo importará ponderar, no caso concreto, o valor específico a ser dado a estes interesses, bem como a extensão da lesão que se imporá ao interesse sacrificado e o correspondente privilégio a ser oferecido ao outro valor. A tutela daquele somente será legítima *até certo limite*, assumindo relevância – para dirimir o conflito de interesses coletivos – a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Acrescenta Jorge Miranda (1988, p. 228-229) que a hermenêutica constitucional "deve assentar-se no postulado de que todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento. A nenhuma pode dar-se uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Mais: a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação".

É claro – e com as considerações que adiante se fará a respeito do tema – não compete ao juiz avocar a competência discricionária dos demais Poderes, para decidir da conveniência e oportunidade para a melhor solução do caso. O magistrado irá extrapolar de suas funções sempre que, sem fundamento jurídico, desconsiderar a opção legislativa administrativa para ordenar a adoção de outra política. Mas, ressaltando, que sempre cumprirá ao Judiciário examinar a legalidade do ato administrativo.

Eventualmente, é possível encontrar decisões que não se sensibilizou a antever a necessidade social, ou, pior, não anteviu resultados maléficis para a população. A desatenção à realidade, muitas vezes, tornará jurídica situação que não o seria, posto que injusta. Pense-se, por exemplo, uma decisão judicial que impõe alocação de dinheiro público para certo fim, se não for bem ponderada, poderá retirar condições e recursos para outra finalidade (não deduzida no processo) tão ou mais importante. Ou, ainda, a determinação judicial de prioridade para alguém realizar um transplante – em detrimento de outros pacientes – poderá implicar, se não bem refletida, o sacrifício à vida de outra pessoa, eventualmente em estado mais grave.

Impõe-se, enfim, que o magistrado se mostre consciente de seu papel, no meio social.

3. II) A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES E O JUIZ COMO LEGISLADOR POSITIVO – A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA

Os membros do Poder Judiciário não são agentes públicos eleitos. Embora não tenham assumido sua função em decorrência da vontade popular, tais membros desempenham também um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes – Executivo e Legislativo. A possibilidade de um órgão não-eletivo sobrepor-se a uma decisão de um órgão eletivo é identificada como dificuldade contramajoritária.

Luís Roberto Barroso (2008) ensina que legitimidade para invalidar as decisões daqueles que não foram escolhidos pelo povo, decorre de duas justificativas: Uma de natureza normativa e outra filosófica.

O fundamento normativo é simples: A própria Constituição da República atribui expressamente esse poder ao Judiciário, na medida em que lhe cabe valorar conceitos jurídicos indeterminados, como dignidade da pessoa humana, privacidade ou boa-fé objetiva. Especialmente ao STF que é o intérprete final da Constituição. Já a justificação filosófica decorre da compreensão de que democracia não se resume ao princípio majoritário. Valores e direitos fundamentais devem ser protegidos, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem exerce mandato eletivo.

A par dessa nova mentalidade exigida do magistrado, impõe-se revisar a noção clássica da tripartição dos poderes do Estado, bem como o dogma do impedimento do Judiciário agir como legislador positivo, ou seja, de proferir determinações concretas, de modo a suprir a omissão legislativa.

Sabe-se que é freqüente o argumento, daqueles contrários ao controle judicial das políticas públicas, de que o Poder Judiciário estaria se intrometendo indevidamente em atividades destes outros Poderes ao investigar atividades das demais funções do Estado, violando a separação dos poderes imposta pela Constituição da República.

Caso se aplique indistintamente esta orientação, jamais poderá o Poder Judiciário impor prestação positiva ao Estado, já que sempre haverá intromissão em atividade executiva ou legislativa.

Registre-se que o sistema adotado no Brasil não é o da separação de Poderes pura e simplesmente, mas sim o do balanceamento dos Poderes – teoria dos pesos e contrapesos. Ou seja, a cada um dos Poderes é dada a prerrogativa de interferir na atividade dos demais para controlar a atuação um dos outros na sua conformidade com o Direito.

Por exemplo, o Poder Legislativo controla o Executivo através do Tribunal de Contas, o Chefe do Poder Executivo controla o Legislativo através do seu poder de veto e o Judiciário controla o legislativo e executivo, seja através dos controles de constitucionalidade e legalidade de seus atos, seja através da imposição de implementação de políticas públicas indispensáveis à efetivação de direitos sociais.

Assim, valendo-se, o mais possível, de critérios objetivos não estará o juiz usurpando a atribuição de qualquer representante de outra Função do Estado; não estará agindo como legislador, já que sua preocupação não é a de criar a política pública, mas apenas dar eficácia aos direitos sociais insculpidos na Constituição. Também não se estará colocando no papel de agente do Executivo, especialmente porque sua função se limitará a indicar a direção a ser trilhada pelo Estado, sem considerar o *modus operandi* da medida.

Ademais, a decisão judicial nasce do contraditório entre os interessados e assenta-se na possibilidade de diálogo entre os que, possivelmente, serão atingidos pela atuação jurisdicional.

Em razão disso tudo, desde que pautado por critérios seguros aportados da lei e fincado na premissa de que não deve chamar para si a opção discricionária da administração pública, poderá sempre o magistrado julgar, sem nenhuma infringência ao princípio da Separação dos Poderes.

3. III) CONTROLE DE DISCRICIONARIEDADE

É corrente falar-se na impossibilidade de o Poder Judiciário controlar o mérito do ato administrativo, dizendo-se com isso que não compete ao magistrado apreciar a conveniência e oportunidade daquela espécie de ato.

Realmente, existe limite para o controle do ato público pelo Judiciário. Não deve o magistrado se substituir ao administrador, regendo a forma pela qual o Estado deve ser gerido. Há, sem dúvida, uma porção do ato administrativo irretocável pelo magistrado, dentro do qual, realmente, não há legitimidade para interferência judicial.

Entretanto, supor que o ato político não pode se submeter ao crivo judicial é desconsiderar que o administrador pode vir a agir de forma ilegal. Neste caso, obviamente, ainda que político, o ato passa a ser ilegítimo, não havendo razão para excluir seu exame pelo órgão jurisdicional. O mesmo raciocínio valerá, obviamente, para o ato administrativo discricionário.

Na realidade, embora se deva reconhecer limite para a atividade judicial no exame do ato discricionário, isto não implica dizer que haverá total liberdade para o agir do administrador na adoção da solução que melhor lhe convenha.

Sendo assim, fica claro que será cabível o controle judicial da medida, sempre que a Administração Pública, a pretexto de fazer valer sua discricionariedade, agir contra os princípios constitucionais que regem o seu atuar, em abuso de direito, ou ainda se omitir diante de um mandamento constitucional de fazer valer a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

3. IV) TRINÔMIO PRINCIPIOLÓGICO: MÁXIMA EFETIVIDADE, RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL

A ponderação do trinômio principiológico no ativismo judicial significa, em resumo, que de acordo com a máxima efetividade dos direitos fundamentais, se extrai das normas definidoras de direitos sociais o seu máximo valor jurídico. A apreciação dos fatores financeiros para a tomada de decisões quanto às possibilidades e aos meios de efetivação cabe, principalmente, aos governantes eleitos. Entretanto, no caso de violação dos direitos sociais, cabe ao Poder Judiciário intervir diante da necessidade de preservar em favor dos indivíduos o núcleo mínimo dos direitos fundamentais, impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Assentadas tais premissas, merece destaque o tema pertinente à reserva do possível, notadamente em sede de efetivação (sempre onerosa) dos direitos sociais de segunda geração, cujo implemento, pelo Poder Público, exige prestações estatais concretizadoras de direitos individuais e/ou coletivas.

Cumprir lembrar que a realização dos direitos sociais, é de implementação gradual, segundo as possibilidades orçamentárias de cada Estado. Deste modo, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da Pessoa Estatal, dela não se poderá razoavelmente exigir a imediata efetivação do comando fundado no texto da Constituição.

Todavia, conforme pondera Ana Paula de Barcelos (2002) esta implementação gradual não pode autorizar que, sob o pretexto da indisponibilidade financeira do Estado, não se realize o mínimo cabível, dentro da exigência razoável que suas condições autorizariam.

Assim deve ser porque, se por um lado os limites orçamentários é elemento de preocupação na implementação das políticas públicas, por outro tais políticas realizam, muitas vezes, garantias fundamentais de comprometimento constitucional.

Diante disso, a falta de disponibilidade de caixa – ou, o que é mais usual, o uso dos recursos públicos para outros fins – não pode tornar "letra morta" a determinação constitucional. Não se mostrará lícito, ao Poder Público, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo ilegítimo no propósito de inviabilizar condições materiais mínimas de existência em favor da pessoa e dos cidadãos – Princípio do Mínimo Existencial.

O mínimo existencial é o núcleo material elementar da dignidade da pessoa humana. É um conjunto de bens e utilidades básicas para subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém desse patamar, ainda que haja sobrevivência, não há dignidade.

O elenco de prestações que compõe o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver, segundo Ana Paula de

Barcellos (2002), razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica, educação fundamental e, o elemento instrumental, acesso à justiça indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos.

Assim sendo, cumpre advertir 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 negativa, puder resultar prejuízos a direitos constitucionais fundamentais e essenciais.

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

Não fosse assim, como explica Alexy (2008) em tempos de crise econômica seria perfeitamente justificável o aniquilamento de direitos fundamentais, justamente sob o pressuposto de que os interesses financeiros do Estado deveriam ser postos em primeiro lugar, o que, obviamente, não é verdade.

Se, em decorrência de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, se afetar o mínimo existencial necessário a uma vida digna e a própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á - como já enfatizado - a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar a todos o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Parece cada vez mais necessária a revisão do dogma da separação dos Poderes, para compreendê-lo como “balanceamento dos Poderes”, em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que o Legislativo e o Executivo se mostraram muitas vezes incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação, como forma de fazer valer a justiça social.

Mas, em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações, que merecem a máxima efetividade, nem que seja através da intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.

Será, pois, possível o controle judicial das políticas públicas para garantir direitos fundamentais mínimos, mesmo diante da reserva do possível, principalmente quando tal argumento não encontrar respaldo concreto. Verificada a ausência de qualquer limitação financeira, ou a aplicação de recursos públicos em finalidade *evidentemente menos importante* do que aquela a ser protegida, cumpre afastar o limite ora estudado, sendo imponível a prestação para o Estado. Assim, o ativismo judicial procura extrair o máximo de eficácia do texto Constitucional.

4. ATIVISMO JUDICIAL E MECANISMOS PROCESSUAIS

A idéia do ativismo judicial, conforme já se pode ter percebido, está associada a uma participação mais ampla e intensa na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência do judiciário no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Em um primeiro momento o ativismo foi de natureza conservadora, mas conforme explica Barroso (2008) a partir da década de 50, a Suprema Corte Americana começou a produzir jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros, acusados em processo criminal e interrupção de gestação.

No Brasil, o Judiciário vem exibindo uma posição claramente ativista em determinadas situações. Tal postura se manifesta por meio de diferentes condutas, sendo duas principais: i) aplicação direta das normas constitucionais de eficácia limitada quando a omissão prolongada do legislador ordinário comprometer a efetividade dos direitos fundamentais e ii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Com relação à matéria de políticas públicas, os exemplos mais notórios são o de distribuição de medicamentos e criação de creches. Nas justiças estadual e federal multiplicam-se decisões que condenam a União, o Estado ou o Município – quando não os três solidariamente – a custear medicamentos que não constam da lista do SUS, ou mesmo, tratamentos médicos a ser realizado no exterior. Conforme será visto mais adiante.

Quanto aos mecanismos processuais de intervenção, o Poder Judiciário vem se utilizando dos remédios constitucionais- como o mandado de injunção, mandado de segurança e ações coletivas - buscando propor medidas políticas governamentais e levando em conta o contexto social e financeiro para dar eficácia e aplicabilidade concreta aos direitos fundamentais sociais. Trata-se da judicialização das políticas públicas que resulta na prática do ativismo judicial frente à inércia estatal, respeitando-se, contudo, a discricionariedade política e o princípio da reserva do possível.

A grande questão a ser enfrentada diz com os limites a estas possibilidades. O limite para que uma decisão fundada em critérios objetivos (legais), mais ou menos precisos, possa afastar as conveniências políticas daqueles que (ao menos em princípio) foram eleitos para decidir os rumos do Estado brasileiro.

4. I) REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS: MANDADO DE INJUNÇÃO E MANDADO DE SEGURANÇA

Inicialmente, é necessário ressaltar e distinguir as diferenças entre direitos sociais e direitos individuais, embora ambos estejam interligados.

Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, com o objetivo de alcançar a isonomia em situações sociais desiguais.

Na sua maioria, os direitos sociais dependem de uma atuação do Estado, razão pela qual grande parte dessas normas é de eficácia limitada. Ainda, valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que cria condições materiais mais propícias ao alcance da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Entretanto, quando o legislador incorre em injustificada omissão legislativa, impedindo o exercício dos direitos sociais pelo titular da garantia constitucional, dispõe o cidadão do remédio do Mandado de Injunção para tutelar os seus direitos subjetivos previstos na Constituição.

No que tange à eficácia da sua decisão, o Supremo Tribunal Federal vem mudando seu posicionamento para dar mais concretude à situação de insegurança criada pela omissão.

Assim, o STF se afasta do seu posicionamento inicial, segundo o qual determinava a incidência em mora do legislador e, no caso insistência na omissão, caberiam apenas perdas e danos; passando garantir a atividade integradora do Poder Judiciário.

Ou seja, caberá ao órgão julgador editar a norma faltante para o caso concreto, beneficiando somente os autores, e resolvendo efetivamente à lide. A edição da norma geral e abstrata para regulamentar o direito previsto constitucionalmente ainda incumbirá ao legislador, de forma que o julgador não estará usurpando a competência do Legislativo.

Cumprido salientar, que em hipótese nenhuma estará o mandado de injunção limitado às pretensões individuais. Muito pelo contrário, tal remédio está atrelado umbilicalmente aos processos coletivos, sendo extremamente útil às questões de massa.

É pela via coletiva que o Mandado de Injunção lograria atingir o resultado prático mais semelhante à situação em que não houvesse a indigitada omissão, regulamentando a situação de insegurança decorrente da inércia legislativa para o maior número de pessoas possível – no caso concreto, claro.

O ativismo também se manifesta através dos Mandados de Segurança na medida em que quando o Poder Público se nega à prática de um ato que venha a afrontar um direito fundamental do cidadão, incorre em violação a direito líquido e certo por ato abusivo de autoridade.

Observe-se que aqui não há omissão legislativa, nem se trata de norma de eficácia limitada. Há sim um direito subjetivo exigível de plano, como a matrícula escolar, ou fornecimento de remédio indispensável à sobrevivência do impetrante. Não pode o Poder Público, nesses casos alegar simplesmente que o remédio não se encontra na lista do SUS, ou que não há mais vagas nas escolas públicas. O que está em jogo é a dignidade da pessoa, postulado imponderável previsto no art. 1º III da CR, que permeia todo o ordenamento jurídico, conferindo unidade axiológica ao sistema.

Assim, caberá à criatividade do magistrado encontrar uma solução viável à tutela específica da obrigação de dar ou fazer imposta ao Estado, sempre ponderando a máxima efetividade das normas constitucionais com a reserva possível do Erário. Assim, se o Estado não tem a estrutura necessária para proporcionar o exercício do direito fundamental pelo cidadão, poder-se-á, por exemplo, determinar que o setor privado o faça, à custa do Estado, desde que dentro da opção menos onerosa.

4. II) A DISSEMINAÇÃO DAS TUTELAS COLETIVAS

Não há dúvida de que as demandas coletivas vêm ganhado espaço no cenário jurídico Nacional, em que pese alguns percalços que buscam diminuir sua utilização.

A ampliação no uso das demandas coletivas para a proteção de interesses frente ao Poder Público revela-se um mecanismo de participação da sociedade na administração da coisa pública. Nesse passo, as demandas coletivas acabam assumindo o papel de instrumento de democracia participativa, bem como elemento de realização de direitos fundamentais, convertendo-se, em si, em direito fundamental.

Quando estas demandas se dirigem contra o Poder Público, haverá a tendência a alterar uma política governamental ou implantar decisões administrativas até então não adotadas. Obviamente, no campo financeiro, também estas decisões produzirão seus reflexos. Afinal, é certo que a determinação judicial, impondo ao Estado a adoção de certa postura (obrigação de fazer), importará novos custos e alteração nas prioridades governamentais. Em tais casos, as decisões políticas receberão um componente a mais: os limites impostos pela decisão judicial ou as indicações de agir por ela determinados.

Através da Ação Civil Pública, o autor pode buscar um provimento judicial que se aplique em favor de todos os cidadãos, de forma indistinta, desde que preenchidos os requisitos necessários ao exercício do direito subjetivo público.

O interesse jurídico do autor coletivo estará assentado em três premissas básicas: i) o direito subjetivo público estar previsto na Constituição da República, ii) Tal direito depender de regulamentação legal para seu efetivo exercício por se tratar de norma constitucional de eficácia limitada e iii) Tal exercício ainda não ter sido realizado por lei ou ato normativo.

Existem, ainda, dois requisitos específicos: i) Não se tratar de matéria afeta à reserva legal e ii) indicação clara da fonte de financiamento, ou seja, de onde o administrador público deve retirar os recursos indispensáveis ao cumprimento da decisão judicial. Nesse ponto, o autor pode se valer dos art. 40 a 46 da L. 4.320/64 que trata dos créditos adicionais dos quais dispõe a Fazenda Pública.

Note-se que, tal requisito da indicação da fonte de custeio não deve ser exigido nas ações individuais propostas pelos cidadãos. Isto porque na busca pela máxima efetividade dos direitos fundamentais, a exigência que tenha o cidadão conhecimento da organização da administração e do orçamento público pode constituir óbice à implementação desses direitos. Neste caso, caberá ao juiz, na sentença, proceder a tal indicação.

Cumprido ressaltar, ainda, que se deve ter muita atenção ao pedido. Isto porque se ele for genérico, abstrato ou indiscriminado será extinto o processo sem análise do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido. Requisitos para viabilidade jurídica do pedido devem ser preenchidos, a saber: i) determinabilidade: o pedido deve ter limites objetivos que possam ser tangidos pela sentença, ii) concreção: a obrigação omitida pelo Estado deve ser essencial à garantia real de um direito metaindividual.

Esses pressupostos devem estar presentes de forma concomitante, sem os quais o juiz não poderá dar amparo judicial à pretensão autoral.

A sentença terá natureza mandamental, na medida em que se pede ao juiz a expedição de uma ordem, endereçada à solução de um caso concreto, de forma a outorgar uma proteção específica de um direito subjetivo público dado a todos os cidadãos na Constituição. Entretanto, não poderá assumir a função de assegurar o exercício de um direito futuro, que possa vir a surgir, sob pena de violar a exigência quanto ao pedido certo e determinado.

A permissão de utilização da ação civil pública como forma de controle na escolha política pública pode ser, sem dúvida, um importante instrumento de prevenção de improbidades e desperdício de dinheiro público.

As decisões judiciais amparadas em valores constitucionais passam a desempenhar, assim, o papel destinado tradicionalmente à lei, enquanto que as decisões políticas passam a ser compartilhado entre o Legislativo e o Judiciário.

5. JURISPRUDÊNCIA APLICADA

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal vem desempenhando papel ativo na vida institucional brasileira. As decisões da Suprema Corte têm gerado aplauso e crítica, e exige uma reflexão cuidadosa.

Os casos que serão apresentados ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça, pela extensão e volume de casos. Há quem não goste ou não concorde com o ativismo, mas indubitavelmente o ganho é maior a perda. Ademais, a visibilidade pública das decisões expostas na mídia e nas audiências públicas contribui para a transparência, para o controle social e, em última análise, para a democracia.

5. I) DIREITO À SAÚDE: AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – RE 195.192/RS

Já não se discute mais a responsabilidade do Poder Público pelo fornecimento de medicamentos e insumos médicos àqueles que dos mesmos necessitam, não sendo causas de exclusão da responsabilidade do Poder Público alegações de “falta de dotação orçamentária”, “ofensa o princípio da independência entre os Poderes”, “ofensa à lei de licitações” etc. Também nesse sentido foi o julgamento do RE 195.192/RS (D.J. 31.03.00).

Tratou-se de recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul que, em Mandado de Segurança, compeliu o Estado a fornecer medicamento necessário ao impetrante – menor impúbere – fabricado exclusivamente no exterior.

O Min. Rel. Marco Aurélio, ao não conhecer do recurso, reconheceu, na negativa de prestação do medicamento pelo Estado, uma violação ao direito fundamental líquido e certo à saúde, por ato de autoridade do Secretário da Saúde; com o apoio no dever de assistência do Estado prevista na Lei Maior, consideradas a vida e o bem estar da criança e do adolescente.

Aduziu, mais uma vez o STF, que problemas orçamentários não podem servir de obstáculo ao implemento dos direitos constitucionalmente previstos, principalmente no caso em tela, que trata de fornecimento excepcional de medicamento de alto custo para tratamento de doença rara, com pouquíssimos casos no Estado.

Por fim, a alegação feita pelo Estado, recorrente, de que o art. 196 da CR ao dispor “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas...” seria norma de eficácia limitada, também foi afastada. O STF entendeu por aplicar diretamente o direito fundamental com base no princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

5. II) DIREITO À SAÚDE: LEITE ESPECIAL (PRESCRIÇÃO MÉDICA). SOLIDARIEDADE NO FORNECIMENTO – TJ/RJ AP 27456/08 E RESP 900.487/RS

Para o tema foram selecionados dois acórdãos: Uma apelação cível do TJ/RJ e um recurso especial do STJ, os quais se complementam na matéria a ser abordada.

O primeiro paradigma, na apelação em MS (julgamento 06.10.08) do TJ/RJ, foi uma decisão monocrática fundada no entendimento já pacificado do Tribunal, segundo o qual há responsabilidade solidária entre a União, Estados e Municípios na garantia do direito fundamental à saúde, a qual deriva dos mandamentos dos arts. 6º e 196 da CR/88 e da L. 8.808/90 – conforme súmula nº 65 TJ/RJ.

No caso concreto, o leite especial se equipara a medicamento, na medida em que a criança que dele necessita apresenta quadro clínico de alergia alimentar e de sua ingestão regular depende como única forma de manutenção da sua saúde.

Destacou, ainda, que o cumprimento da decisão judicial não se condiciona a burocracias administrativas, sobretudo quando cuidam do direito fundamental à vida e à saúde, devendo a administração implementá-la *in continenti*, sendo todos os Entes da Federação responsáveis solidariamente pelo fornecimento do medicamento.

O acórdão do STJ, por sua vez e na mesma linha de julgamento, entendeu que a negativa do fornecimento do leite especial, conquanto medicamento imprescindível à vida, viola a Constituição Federal nos seus bens jurídicos em primeiro plano tutelados.

Ressaltou que a decisão não está sujeita ao mérito administrativo de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade.

Desta forma, determinou, como meio efetivo adequado para o cumprimento da tutela específica da obrigação de dar o medicamento, o bloqueio da conta bancária da Fazenda

Pública, o qual possui característica semelhante à medida cautelar de seqüestro, com respaldo no art. 461, §5º do CPC, tudo para garantir proteção à criança necessitada. Assim, caso não haja entrega do medicamento, o responsável pode sacar o dinheiro da conta pública para comprá-lo e assim preservar a dignidade, a vida e a saúde da criança.

5. III) DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL: DISPONIBILIZAÇÃO DE VAGAS EM CRECHE – RE 436.996/SP

O acórdão abordou o direito à educação infantil, compreendido no atendimento em creche pública, como sendo um dever Constitucional do Poder Público.

Tratou-se de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra acórdão do Tribunal de Justiça do mesmo Estado que, em ação civil pública, afirmara que a matrícula de criança em creche municipal seria ato discricionário da Administração Pública.

O recurso foi julgado em novembro de 2005 (D.J. 03-02-2006), no qual o Supremo Tribunal Federal decidiu que, excepcionalmente, o Poder Judiciário, a requerimento, pode determinar a implementação de políticas públicas definidas pela própria Constituição, não podendo alegar discricionariedade administrativa, tendo em vista que a omissão estatal comprometeria a eficácia e a integralidade de direitos sociais e culturais impregnadas de envergadura constitucional.

Nesse sentido ressaltou o Min. Celso de Mello no acórdão que “a educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral(...). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade", o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental (...) que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

Assim, tendo em conta que a educação infantil qualifica-se como direito fundamental de toda criança e representa prerrogativa constitucional indisponível (CF, art.

208, IV), asseverou o acórdão que ela não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

Entendeu-se que os Municípios, atuando prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º), não poderão eximir-se do mandamento constitucional disposto no aludido art. 208, IV, cuja eficácia não deve ser comprometida por juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade.

Por fim, ressaltou-se a possibilidade de o Poder Judiciário, excepcionalmente, determinar a implementação de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sempre que os órgãos estatais competentes descumprirem os encargos político-jurídicos, de modo a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de envergadura constitucional.

5. IV) DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES: REGULAMENTAÇÃO CONCRETA - MI 670/ES, 708/DF, 712/PA

Tradicionalmente, a posição do STF referente ao controle de constitucionalidade das leis orientava-se no sentido da não-substituição do legislador, o que levava ao esvaziamento da eficácia do remédio do Mandado de Injunção. Ou seja, sob o fundamento da separação dos Poderes, não poderia o Poder Judiciário se imiscuir nas matérias de competência dos outros Poderes. Assim, o Mandado de Injunção servia de simples instrumento para a declaração da mora em que se encontrava o legislador

Recentemente, em vista do julgamento dos MI n°670, 708 e 712, que tinha como objeto a mora do legislador em regulamentar o direito de greve dos servidores públicos, o entendimento do Supremo foi modificado.

Os três MI foram impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Espírito Santo - SINDIPOL, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa - SINTEM, e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP, em que se pretendia fosse garantido aos seus associados o exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII, da CF.

O Tribunal, por maioria, conheceu dos Mandados de Injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que coubesse, da Lei 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada.

No MI 670/ES e no MI 708/DF prevaleceu o voto do Min. Gilmar Mendes. Nele, inicialmente, teceram-se considerações a respeito da questão da conformação constitucional do MI no Brasil e da evolução da interpretação que o STF lhe tem conferido. Ressaltou-se que a Corte, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário.

Entendeu-se que, diante do constante quadro de omissão - não obstante sucessivas decisões em MI - seria necessário refletir sobre a adoção de uma sentença aditiva moderada, como alternativa provisória para o impasse criado.

Aduziu-se, no que concerne à aceitação das sentenças aditivas, 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, nas atividades essenciais, é delineada nos artigos 9 a 11 da L. 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 seu exercício do direito de greve, 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 sob uma perspectiva constitucional.

Por fim, fixou-se de forma provisória, e também com base na L. 7.701/88, a competência dos Tribunais de Trabalho em processos coletivos para apreciação de eventuais dissídios de greve entre o Poder Público e seus servidores estatutários, para que não haja o risco de negativa de prestação jurisdicional em nenhuma das três esferas de governo.

No MI 712/PA, prevaleceu o voto do Min. Rel. Eros Grau, nessa mesma linha exposta.

5. V) ADPF 45-9/DF

Tratou-se de ação promovida contra veto do Presidente da República sobre o art. 55, § 2º (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004.

O autor sustentou que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

Em que pese a ação tenha sido extinta sem julgamento do mérito, por perda superveniente do interesse de agir, sua decisão foi um importante precedente jurisprudencial. Neste caso, o STF aplicou, de forma explícita, a ponderação da trilogia principiológica: Máxima efetividade, reserva do possível e mínimo existencial para efetivação dos direitos fundamentais de segunda geração através do ativismo judicial.

Ao decidir a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45-9/DF (DJ 04.05.04), ainda que em decisão monocrática, o Min. Rel. Celso de Mello, ponderou que, muito embora não caiba ao Poder Judiciário a implementação regular de políticas públicas, excepcionalmente este papel lhe é conferido.

Existindo este papel do Poder Judiciário, prossegue o Ministro, há que se considerar, na determinação da implementação da política pública, a reserva do possível, mas apenas na estrita medida em que esta reserva se mostre, efetivamente, existente. Ainda que se reconheça a necessária vinculação da implementação dos direitos sociais aos limites financeiros do Estado, ressalta a decisão que isto não implica a liberdade plena do Estado em, a seu talante, concretizar ou não a norma garantidora do direito fundamental, tendo em vista que se deve dar aplicabilidade aos direitos fundamentais de forma a se alcançar a sua máxima efetividade.

A reserva do possível não poderá, portanto, ser invocada sem qualquer critério, como ressalta o Min. Celso de Mello: "Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável

propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre 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".

Diante de todos estes argumentos, conclui a decisão no sentido de que "não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado".

Precisamente esta é a idéia que rege a aplicação do princípio em questão. Não obstante possa ele limitar a atividade jurisdicional, este limite não é absoluto. Cabe ao Judiciário não apenas investigar a razoabilidade da indisponibilidade financeira alegada pelo Poder Público, como ainda apurar, se for o caso, a outra destinação dada ao recurso público, bem assim a garantia do mínimo essencial pelo Estado.

Logicamente, está-se aqui diante de conceitos vagos, a serem preenchidos diante do caso concreto. Todavia, tais elementos ao certo poderão servir de norte na atuação judicial do controle de políticas públicas, não tendo cabimento, enfim, invocar a cláusula da reserva do possível como elemento que inviabilize, por completo, a investigação judicial das práticas públicas.

6. CONCLUSÃO:

O ativismo judicial expressa uma postura do intérprete, uma forma ativa e extensiva de interpretar a Constituição, potencializando seu alcance e, por consequência, a efetividade de suas normas, para além de meros comandos programáticos.

Trata-se de um mecanismo para superar o processo político majoritário quando ele se mostre inerte ou de qualquer forma incapaz de promover os direitos fundamentais insculpidos na Constituição.

Os riscos do ativismo envolvem muito mais a legitimidade democrática e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias, do que discricionariedades administrativas ou da costumeiramente alegada reserva possível do Erário.

Quanto a essas, os Tribunais reiteram, exhaustivamente, que não há discricionariedade na efetivação dos direitos sociais de cunho fundamental, os quais possuem aplicabilidade plena e imediata. Como também, problemas orçamentários não podem servir de obstáculo ao implemento dos direitos constitucionalmente previstos

A ameaça de violação à legitimidade democrática, por sua vez, se atenua na medida em que juízes se atenham à aplicação direta das normas constitucionais. Não obstante haja de se reconhecer que diante de conceitos jurídicos indeterminados – como dignidade da pessoa humana – a valoração jurisdicional se expande a um nível quase normativo.

O importante é destacar que a revisão judicial das políticas públicas somente deve-se fazer, e se faz, em casos pontuais e na definição de prioridades distributivas, bem como dos meios para pô-las em prática. Em casos em que houver pura omissão legislativa, aí sim, os juízes devem atuar mais ativamente, mas estando vedado fazê-lo de forma genérica e abstrata.

O Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, é o guardião da Constituição e, em nome dos direitos fundamentais, deve fazê-la valer, mesmo que em face dos outros Poderes. A chamada atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se fará a favor e não contra a democracia, desde que respeitadas a razoabilidade, a motivação e a justiça.

Também, o dogma da separação dos Poderes precisa ter seu conceito revisto, para compreendê-lo num molde mais contemporâneo do balanceamento dos Poderes, em decorrência da fiscalização recíproca a qual se submetem – teoria dos pesos e contrapesos.

O ativismo, até então praticado no Brasil, tem sido mais solução, do que propriamente um problema. Mas, não se pode deixar de ter em vista que ele é apenas uma medida paliativa, um remédio de utilização eventual e moderada. Em dose excessiva, há o risco de morrer da cura. Sem dúvida, precisamos de uma reforma nas políticas públicas, mas ela não pode ser feita por juízes.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo. Ed. Malheiros, 2008

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba. Ed. Juruá, 2007.

BARCELOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. São Paulo. Renovar, 2002.

_____. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. Salvador. Revista Diálogo Jurídico, nº 15, Jan a Mar 2007.

BARROSO, Roberto Barroso (Organizador). **A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. São Paulo. Ed. Renovar, 2006.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo. Ed. Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Ed. Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro. Ed. Campus – Elsevier, 2004.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. **Ativismo Judicial em Crise**. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12781>>. Acesso em 18 mai 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública – Comentários por Artigo**. Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Júris. 2005

DELGADO, José Augusto. **Ativismo Judicial: O papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea**. In: *Processo Civil Novas Tendências: homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr*. Belo Horizonte. Ed. Del Rey, 2008.

DIDDIER JÚNIOR, Fredie (Organizador). **Ações Constitucionais**. Salvador. Ed. Podium, 2008.

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

LEITE, Evandro Gueiros. **Ativismo Judicial**. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16980>>. Acesso em 18 mai 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Direitos Difusos em Juízo**. São Paulo. Ed. Saraiva, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, Tomo II**. Portugal. Ed. Coimbra, 1988.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Júris, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo. Ed. Malheiros, 2001.