



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Ativismo Judicial: o poder judiciário no controle das políticas públicas.

Cláudio da Silva Soares

Rio de Janeiro
2013

CLÁUDIO DA SILVA SOARES

Ativismo Judicial: o poder judiciário no controle das políticas públicas.

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Guilherme Sandoval
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Rafael Iorio
Nelson C. Tavares Júnior

Rio de Janeiro
2013

ATIVISMO JUDICIAL: O PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.

Cláudio da Silva Soares

Graduado na Universidade Estácio de Sá. Advogado.

Resumo: Tendo em vista o atual cenário do país, em razão da grande grau de discricionariedade do Poder Legislativo e Executivo e de sua omissão na implantação de Políticas Públicas garantidas pela Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário ganha um papel de destaque na implantação dessas garantias. O que parece ofender o princípio da separação dos poderes nada mais é do que a implementação efetiva do princípio dos freios e contrapesos garantido pela Carta Constitucional.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Políticas Públicas. Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. Separação dos poderes. Freios e contrapesos.

Sumário: Introdução. 1. Evolução histórica e o impacto da Constituição Federal de 1988 na política nacional. 2. Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas. 3. O controle jurisdicional das políticas públicas. 4. Precedentes no direito brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Ativismo Judicial é um dos temas mais atuais do direito público, motivo pelo qual sempre causa debates acalorados a seu respeito. Diversas opiniões se levantam em torno desse atual fenômeno jurídico e, diante de tal relevância, o atual trabalho procura esclarecer os motivos de seu surgimento e como a jurisprudência brasileira se comporta diante de sua aplicação.

Com o passar do tempo, cada vez mais o Poder Judiciário vem sendo chamado a se pronunciar acerca de questões bastante delicadas. Tal mudança reflete a realidade social que se vive e demonstra o anseio da sociedade em concretizar os direitos a ela conferidos. Com a

educação e o esclarecimento populacional, emerge no cidadão a possibilidade de se viver em um estado com mais humanidade, dignidade e igualdade.

Os escândalos políticos sempre acompanharam a história do país e não é difícil apontar momentos de crise na política nacional. O plano de fundo da política brasileira, como em qualquer outro lugar do mundo, sempre foi repleto de instabilidades.

Ocorre que, diferente de outras épocas, o povo que antes se mostrava acomodado com as realidades imposta pelo governo, hoje vem se organizando na busca de um lugar mais digno de se viver.

A esfera judicial, que antes era repleta de interesses individuais, atualmente se vê atuando de maneira mais ampla. Essa mudança decorre da uma visão mais protetiva dos direitos conferidos ao povo. Caracteriza a vontade que o povo possui de usufruir da riqueza produzida pela própria massa trabalhadora nacional.

Parece que de forma a equalizar o bem estar social, sociedade e judiciário vêm se organizando de maneira a colocar em prática os seus poderes conferidos pela Constituição de 1988. Assim, o Poder Judiciário já atua de maneira mais ativa a implementar as políticas públicas não oferecidas pelo governo, mas constitucionalmente garantidas.

Nessa esteira, levantasse mais uma discussão: o papel do judiciário no que diz respeito à implementação das políticas públicas. É certo que, independente da maneira que se busca, a finalidade é a mesma, a dignidade da pessoa humana deve ser atendida. Qualquer que seja o seu momento, o povo necessita e busca um governo mais atento as suas necessidades.

Para a análise do tema, a demonstração da evolução do direito mostra-se imprescindível. O estudo acerca das competências do Poder Judiciário e suas atribuições serão devidamente situadas, assim como será necessário mostrar de que forma a sociedade vem se articulando sobre o seu novo papel na política do país.

Diferente de todas as outras Constituições que o Brasil já possuiu, a nova Constituição, que se pode assim definir porque conta com apenas 25 anos de promulgação, traz diversos meios para se alcançar uma sociedade livre, justa e solidária. Assim como visa a garantir o desenvolvimento nacional a fim de erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e promovendo o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor e qualquer outra forma de discriminação.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E O IMPACTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 NA POLÍTICA NACIONAL

O Brasil, desde a sua independência às margens do Ipiranga, construiu uma história repleta de períodos marcantes. Desde a chegada dos portugueses até o surgimento da Constituição de 1988 – a “constituição cidadã” – viveu-se momentos de grandes instabilidades democráticas, alternado com outros de maior estabilidade e o devido respeito aos direitos fundamentais.

Historicamente, a história da política nacional é dividida em seis etapas distintas: o período do império, a república velha, a era Vargas, a segunda república, o período ditatorial e a nova república. Cada um com sua peculiaridade marcam o cenário político que temos atualmente. Com essa visão, que retoma desde o início de nosso desenvolvimento, é possível traçar o momento que vivemos em nossa política.

Recuperando o período de 1500, descobrimento do Brasil, o período imperial é marcado pela presença do poder português no Brasil, que instituía desde já medidas de restrição aos direitos políticos.

Criou-se o que se pode chamar de “aristocratização da política”. Período marcado pela escravidão, pelo voto censitário, além do sistema eleitoral que tinha por base a renda do cidadão, de forma a restringir os direitos eleitorais da maioria da população brasileira.

Esse processo eleitoral era caracterizado pelo controle de poder realizado pela coroa portuguesa. As fraudes e corrupções deram lugar a uma espécie de política voltada somente para a elite aristocrata. Somente a nata brasileira podia votar e ser votada. Inclusive com o voto indireto, que legitimava ainda mais a formação de um governo com características elitistas e de exclusão.

Em 1889, houve a extinção do período imperial. Com a proclamação da República, esse sistema arcaico de política não mais era adequado à realidade da época. O período chamado de República Velha, apesar de trazer a ideia de democracia, não traz grandes mudanças no cenário político. O governo ainda não se encontrava livre da influência que o poder econômico tem. O Coronealismo e a Política do café-com-leite são exemplos disso.

Diante das circunstâncias, em 1930 instaurou-se no Brasil a “Era Vargas”. Nomeado presidente, Getúlio Vargas promove diversas mudanças no sistema democrático nacional. Durante esse período, em meio à revolução constitucionalista, instaurou-se pela primeira vez o voto feminino, o voto secreto e a criação de um Código Eleitoral Brasileiro.

O Código Eleitoral Brasileiro de 1932 criou a Justiça Eleitoral, que passa a ser o órgão responsável por todo processo eleitoral do país, desde o alistamento até a investidura dos políticos eleitos. Dessa maneira, passou a distanciar o governo do processo eleitoral.

Em um nítido caráter democrático, o Código Eleitoral passa a incluir em lei o voto da mulher e o voto secreto, além de criar o sistema de representação proporcional. Tenta-se de qualquer maneira evitar as fraudes eleitorais que até então dominavam o sistema político daquela época.

Tais avanços foram contemplados pela Constituição Federal de 1934, que trazia novidades como a diminuição da idade para votar aos dezoito anos. Não obstante algumas mudanças, a norma constitucional foi a que menos durou no plano jurídico nacional, dando lugar a Constituição de 1937, que criou o “Estado Novo”.

Com características autoritárias e centralizadoras o governo de Getúlio Vargas retrocedeu no que diz respeito aos direitos políticos conquistados na vida jurídico-política do Brasil.

A estabilidade governamental só foi retomada com a redemocratização ocorrida em 1946 com a promulgação de uma nova Constituição. Os direitos eleitorais foram novamente inseridos no plano jurídico. Getúlio Vargas volta a governar o país, agora eleito presidente de forma democrática. Tal período, contudo, apesar de democraticamente consistente, já vinha a ser perturbado por uma nova instabilidade política que antecedeu ao golpe militar de 1967.

Reflexo da Guerra Fria, que assolava diferentes partes do mundo, a Constituição de 1967 foi marcada pelo poder emanado pelos Militares. O contexto predominante dessa época era caracterizado pelo autoritarismo e a política da chamada segurança nacional, que visava a combater inimigos internos ao regime, rotulado de subversivos.

Dentre os mecanismos de legitimação e legalização das ações políticas dos militares foram emanados diversos atos institucionais, um deles e o mais famoso de todos o AI-5 deu ao regime militar poderes absolutos e cuja primeira consequência foi o fechamento do Congresso Nacional. Assim como a censura aos meios de comunicação, à música, ao teatro, ao cinema e a suspensão do *habeas corpus* para os chamados crimes políticos.

Com o advento da Constituição de 1988, o cenário da democracia do país passou por uma grande reformulação. Um rol de novos direitos passou a dar contornos mais fieis e mais palpáveis às garantias dos cidadãos. Foi um processo de redemocratização após o término do

regime militar. Houve a proclamação de um novo arcabouço jurídico-institucional no país, com ampliação das liberdades civis e os direitos e garantias individuais.

A nova Carta Constitucional consagra dentre outras cláusulas, transformações com o objetivo de alterar as relações econômicas, políticas e sociais, concedendo direitos eleitorais de voto aos analfabetos e a faculdade de votar aos jovens entre 16 a 17 anos. Estabeleceu também novos direitos trabalhistas, como a redução da jornada semanal de 48 para 44 horas, o seguro-desemprego e as férias remuneradas acrescidas de um terço do salário. A mais, criou as eleições majoritárias realizadas em dois turnos.

É nesse ínterim que a atual Constituição estabelece que o povo brasileiro é representado pela Assembleia Nacional Constitucional com a finalidade de instituir um estado democrático de direito. Destinado principalmente, a assegurar o exercício dos direitos sociais, a justiça e a igualdade pluralista, fraterna e harmônica.

Ocorre que, o que se percebe na prática é que o estado está cada vez mais distante da realidade do país. A falta de suporte à população carente brasileira é uma dura realidade que os políticos eleitos precisam encarar a cada eleição. As políticas assistências dos recentes governos se prontificam a ajudar a população, porém, para um país de contornos continentais, essa política de suporte não consegue suprir a falta de investimentos nas bases da sociedade.

A base social, composta em sua maior parte pela população com poucos recursos, para se manter, obrigatoriamente necessita da intervenção governamental. A saúde é uma dura realidade que atualmente encontra uma crise sem precedentes. Os hospitais e as redes assistenciais de primeiro atendimento criados pelo governo, não recebem investimentos suficientes e necessários para atender toda a população.

Nesse estado é possível também encontrar a educação. O sistema de ensino brasileiro é um dos que menos dão certo no mundo. Apesar de haver o oferecimento de escolas e pré-escolas à população pelo governo, poucos são aqueles que conseguem através

desse método encontrar maneiras a se estabelecer economicamente após se formarem. Por isso, é ínfimo o percentual de brasileiros que conseguem entrar na faculdade após se formarem nas escolas públicas. A pouca qualidade de ensino é um dos fortes motivos que acarretam esse fenômeno.

Dentre outras deficiências que o governo possui, a saúde e a educação são as que mais se destacam. Sempre em voga nas discussões, não sobram críticas ao sistema governamental que sucedem o poder de eleição para eleição.

2. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA EM MATÉRIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

As políticas públicas podem ser definidas como um conjunto de ações e programas que devem ser desenvolvidos e providos direta ou indiretamente pelo Estado, de forma a assegurar a participação dos entes públicos e privados, com o objetivo de prover o direito da população a cidadania, ao direito social, cultural e econômico.

Tais políticas correspondem aos já falados direitos constitucionalmente previstos pela Constituição Federal ou que se afirmam pelo reconhecimento por parte da sociedade e/ou pelos poderes públicos enquanto novos direitos das pessoas.

Correspondem a diretrizes que devem ser tomadas para a resolução de problemas ligados à sociedade como um todo, seja a saúde, educação, segurança e tudo que corresponde ao estado de bem-estar social.

Trata-se da real ação do estado para realizar e prestar medidas que efetivem o bem-estar da população, independente de qual seja o nível econômico e financeiro do cidadão.

As políticas públicas devem ser articuladas por iniciativa do Poder Legislativo, ou Executivo, separados ou conjuntamente, a partir das demandas da sociedade, em seus diversos seguimentos.

Para a constituição e a implementação dessas políticas públicas, o Poder Executivo normalmente utiliza-se de ferramentas como o planejamento e a execução, de forma integrada e lógica. Assim como com a elaboração de planos, ações e atividades.

Os planos trazem as prioridades a serem atingidas, com os objetivos programados por períodos longos, articulados através de estratégias e metas a serem estabelecidas. Os programas traçam os objetivos gerais e especificam os pontos a serem atacados e focados no oferecimento dessa política e, por sua vez, as ações visam ao alcance do determinado objetivo estabelecido, porquanto a atividade traz concretude a essa ação.

Durante muito tempo, a vinculação positiva à lei foi o modelo legal adotado pela administração. Esse modelo de aplicação, quase literal da lei, acarretava na vinculação da administração em fazer somente aquilo que a lei autorizava.

Dentro desse contexto, a administração possuía o seu campo de atuação previamente definido pelo legislador. Surge, nesse momento, a diferença entre os atos vinculados e discricionários da administração pública.

Os atos vinculados são aqueles que encontram na norma predeterminada todos os passos a serem cumpridos, de forma completa e objetiva, sem qualquer margem a decisão contrária pelo administrador. Dessa situação, nenhuma dificuldade prática é encontrada, pois de fato, o Poder Legislativo possui competência para a regulação e provimento das necessidades sociais através da edição de suas normas e leis.

Diante da crise legislativa que assolou a política brasileira por muito tempo, como se pôde constatar anteriormente, seja por razões históricas ainda não superadas ou pela

impossibilidade de previsão em lei de todos os possíveis déficits sociais que podem ocorrer com a sociedade, a administração pública foi instada a se manifestar.

Com isso, o Poder Executivo teve o dever de preencher o vácuo existente e formado pela falta de previsão normativa. Acrescenta Gustavo Binbenjón¹ “o aumento significativo do grau de complexibilidade das relações econômicas e sociais vieram a demandar a pronta intervenção e atuação do Estado”.

A discricionariedade, ao contrário, significa distinguir e avaliar, trata-se de conveniência e oportunidade. A atuação da administração se torna indispensável à vida em sociedade e é necessária para garantir ao agente público certa margem de flexibilidade para a regulação e provimento do interesse público.

Diante dessa nova posição assumida pela administração, assim como pela necessidade, é temerário e muito comum, que seus limites venham a assumir excessos.

Nesse contexto, esse fenômeno ocorre pelo que se denominou de um processo de “autodeterminação constitucional”, que remete diretamente à Constituição Federal a normatização desse “atuar administrativo”, balizado somente por suas regras e princípios.

Vale dizer que, atualmente a administração pública possui seu campo de atuação muito maior do que qualquer lei. Sua atuação ultrapassa as barreiras da normatividade e deve, por consequência, respeito completo aos preceitos constitucionais.

Dá ao direito administrativo um “caráter mais democrático e comprometido com a realização dos direitos dos homens”², aproximando-os aos direitos fundamentais e objetivos da República.

Como a Constituição prescreve diretamente os novos ditames de fundamentação aos atos administrativos, não há mais a necessidade pontual das leis específicas para a disciplina

¹ BINENBJON, Gustavo. *Uma Teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 35.

² Ibid. p. 36-7.

de seus atos. A obrigatoriedade legal não mais vincula propriamente a atuação administrativa, sua atuação é pautada muito mais em aspectos amplos protegidos pela Constituição.

Assim, os atos que antes necessitavam de implementação normativa para se realizarem, hoje podem ser realizados diretamente com base no texto constitucional.

Logo, é a administração que pontua onde e como devem ser implementados os investimentos em cultura, esporte, lazer, saúde, segurança e educação. Cabe ao Poder Executivo assegurar a população os meios necessários a um desenvolvimento saudável no ponto de vista social. Esses direitos estão previstos constitucionalmente e nesse sentido, passam a dar origem ao poder da administração pública.

Tal situação remete a outro problema. Como já foi visto na análise histórica realizada, em oposição à gritante arbitrariedade do governo, foi necessária a formação de um sistema que impedisse a concentração de poder aos não eleitos pelo sistema eleitoral. Da mesma forma, também não é razoável que aquele embutido do poder ficasse sem qualquer limitação.

Por isso, é preciso a criação de balizas em razão dessa discricionariedade administrativa. É possível raciocinar que, o agente estatal que diante de uma determinada situação decide contrário ao interesse público ou profira decisão que não se coaduna com os princípios e regras constitucionais, não mais está pautado na discricionariedade de sua atividade, mas sim em plena atividade arbitrária.

É crucial entender que a administração deve atender sempre o melhor interesse social e nunca divergir desse ponto. A ultrapassagem dessa barreira legal e constitucional, de forma ampla, deve ser necessariamente freada, pois uma vez constatada tal irregularidade, a administração pública está buscando um fundamento de validade diferente daquela prevista pela Constituição.

Tais vícios no ato administrativo podem ser encontrados tanto na ação administrativa, pelo abuso ou desvio de finalidade, como na omissão da administração pública. Portanto, é preciso sempre que haja um controle, não no mérito, mas na observação do efetivo exercício desse dever/poder por parte do estado.

Desde já cumpre mencionar que essa possibilidade de controle não significa a judicialização de todo e qualquer ato praticado pelo estado. O mérito administrativo, conveniência e a oportunidade, necessitam permanecer intactos, pois assim assegura a Carta de 1988, porém, o excesso arbitrário e a omissão antijurídica devem necessariamente ser combatidos e analisados pelo Poder Judiciário.

3. O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Prevê a Constituição da República que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são poderes da União, independente e harmônicos entre si. Deixa claro que o modelo adotado pelo Brasil é um modelo de Estado, Constituição e democracia compartilhada, em que o Poder Judiciário, dentre diversas funções, possui a responsabilidade de rever através de força constitucional, as coordenadas adotadas para a implementação das políticas públicas asseguradas pelos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, o texto fundamental afirma que a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito (art. 5º, XXXV da CRFB/88), assim como há o destaque para a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB).

Há também uma categoria de direitos assegurados na Constituição que são ligados especialmente às políticas públicas, por exemplo, a saúde, a educação, a segurança pública e

ao meio ambiente. A característica que mais marca esse modelo ativo de cooperação é que quando a Constituição determina um direito, este pode ser defendido judicialmente.

Segundo disserta Luís Roberto Barroso:

Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado e justo ou injusto-, mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa.³

O Estado Democrático Constitucional consolida em uma só Constituição as três dimensões de direitos fundamentais: liberdade, igualdade e fraternidade. Reflete as conquistas da comunidade ao longo dos anos.

Não obstante assegurar todos esses direitos, predispõe a possibilidade da participação popular em diversas passagens, como por exemplo, votar e ser votado e a iniciativa popular para apresentação de projeto de lei, já que estes são os destinatários finais de toda e qualquer decisão.

Hermes Zaneti Jr.⁴ por essas razões observa que, o Estado deve estreitar seus vínculos com o processo – meio de instrumentalização dessa política. Esses processos de efetivações das ações realizadas pelo estado ganham um papel extremamente importante. Nesse sentido, citando Robert Alexy, Zaneti expressa que o processo atua no âmbito da “pretensão de correção”⁵ quando visa a atender às necessidades desse modelo de estado e das dimensões e características que o incorporam. O que é primordial, já que no Estado Democrático de Direito é a prevalência dos direitos individuais e fundamentais.

O Poder Judiciário atua como um mediador na composição do conflito natural entre a democracia e o modelo de Estado que a protege, constituindo um meio de diálogo a fim de

³ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamento teórico e filosófico do novo Direito Constitucional brasileiro*. Jus Navegandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <[HTTP:// jus.com.br/artigos/3208](http://jus.com.br/artigos/3208)> Acesso em 8 de setembro de 2013.

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas* in: Hermes Zaneti Jr. / coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2013. P. 234.

⁵ ALEXY, Robert; BULYGIN, Augênio. *La Pretensión de corrección del derecho: La polémica sobre La relación entre derecho y moral*. Traducción de Paula Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. esp. p. 95 e segs.

impedir qualquer ruptura no modelo de igualdade social. Observa-se que esse fenômeno decorre da solidez das previsões constitucionais de dar, fazer e prestar por parte do governo.

Hermes Zaneti Jr.⁶ sustenta:

Resultante dessa nova visão, surge uma tensão entre a alegação de falta ou insuficiência de uma política pública e a previsão normativa de um direito fundamental social que demande resposta, o processo, entendido como procedimento em contraditório, possibilita a individualização do problema, a definição de seus limites e a identificação das razões dos opositores, podendo resultar em uma composição (consenso), em uma solução de compromisso (espécie de consenso qualificado) ou na afirmação, pelo direito de solução conforme a justiça para o caso concreto, observando-se o debatido nos autos (pretensão do direito de dar a cada um o que é seu – *suum quique tribuere*), conforme com os direitos fundamentais previstos na Constituição.

A lógica necessária a se estabelecer diante dessa situação é que a jurisdicionalização das Políticas Públicas não decorre de uma mera faculdade do Poder Judiciário, mas sim de uma necessidade fundamental, igualmente assegurada na Constituição, de dar o direito àquele que o possui.

Apesar de diversas críticas a esse posicionamento, que podem ser encontradas tanto na doutrina quanto na jurisprudência, o fundamento a se adotar não é a afirmação de que um poder do estado possui mais atribuições que o outro, mas sim de que existe a necessidade de algum tipo de controle perante a grande discricionariedade do governo.

Controle que em nenhum momento é realizado no mérito da questão administrativa, mas sim realizada oportunamente quando há o desrespeito no núcleo básico dos direitos fundamentais. Como um moderador do princípio de freios e contrapesos da nossa Constituição.

A novidade a ser citada é a “disfunção política” da administração e do Poder legislativo. Nada mais é que o desvio natural do curso do interesse público. Uma vez definidas as políticas públicas pelo Legislativo, cabe ao Executivo simplesmente executar tais

⁶ GRINOVER. op. cit. p. 45.

medidas. Essa disfunção reside na quebra da legalidade da atuação dessas entidades, o que permitiria conseqüentemente o controle judicial.

Não obstante, as soluções judiciais também podem ser falíveis, principalmente no momento em que não apresentem clareza no seu ponto de vista, caso que a intervenção do judiciário jamais deve ser autorizada.

É importante ressaltar que não se deve adotar um modelo de implementação judicial de soluções de problemas, como se a tarefa de implementação do estado social dependesse somente do Poder Judiciário.

O que se discute na separação dos poderes não é mais o paradigma de independência total dentre eles, mas o paradigma de que todo poder do estado é uno e emana do povo. Trata-se do evidente progresso democrático contemporâneo⁷.

O Poder Judiciário terá a última palavra em matéria de controle de aplicação do direito. Assim, vislumbra-se que a abertura democrática consiste na finalidade do direito como um todo.

De antemão, a doutrina costuma separar as funções de governo e as funções de garantia. As primeiras tomadas diretamente pelo legislador democraticamente eleito e as segundas pela autonomia da vontade de não se deixar de reconhecer a igualdade dos representantes do Executivo, que possui como atividade legiferante também o poder político, decorrente da própria legitimação popular.

Assim, a função de garantia não mais se correlaciona juntamente com a função de governo, porque atuam para conformação da margem do decidível. Impõe-lhe limites e vínculos definidos diretamente pelos direitos fundamentais, assegurando o modelo constitucional garantista.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros. 1999. p. 146.

Como foi demonstrado, o Poder Judiciário é o responsável pela harmonia e o equilíbrio dos demais poderes. Não se fala em limitação de seu atuar pelo simples fato de não serem eleitos os seus membros. Há nesse poder, imparcialidade e independência, além de sua característica inércia, baseado na necessidade de provocação para poder atuar.

De outra sorte, para o equilíbrio desses poderes, o Judiciário encontra limitações materiais e jurídicas, cingidas à argumentação jurídica de um lado e a falta de recursos próprios do outro.

Por último, a sua grande medida é a necessidade de fundamentação adequada de todos os seus atos e decisões, bem como a sua evidente correspondência com o que prevê o ordenamento jurídico. Daí o seu caráter eminentemente secundário, como garantista do direito violado e imbuído de complementação das lacunas normativas existentes.

4. PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

Como disserta Daniel Giotti de Paula⁸, não é fácil traçar o momento específico do surgimento do ativismo judicial no campo jurídico. Nem mesmo observar os movimentos que levaram a ocorrência de tal fenômeno. Até porque, não se deu em um local específico e os seus motivos, às vezes, podem ser imperceptíveis.

Por outro lado, sabe-se que a ideia de *judicial review* deu ensejo a um modelo de consitucionalidade difusa nos Estados Unidos. No famoso caso *Marbury vs. Madison* de 1803 a Suprema Corte americana decidiu pela primeira vez pela possibilidade do controle de constitucionalidade sobre atos normativos provenientes de outros órgãos. Por isso, não há dúvidas de que o ativismo judicial teve origem na atuação dos juízes da Suprema Corte

⁸ DE PAULA, Daniel Gioppti; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Jus Podium. 2011. p. 278.

americana, na atribuição legitimada pela Constituição para o controle de constitucionalidade dos atos normativos.

Por essa razão, Christopher Wolfe⁹ em análise da história constitucional americana, identificou três momentos principais quanto à manifestação do poder de revisão judicial: a era tradicional, desde o nascimento da constituição americana até o final do século XIX, período marcado pela aplicação fiel do texto constitucional e pela moderada revisão judicial, a era de transição, do final do século XIX a 1937, em que se pratica mais o ativismo judicial, e a era moderna, de 1937 até os dias de hoje com o desenvolvimento das novas teorias de interpretação constitucional e de revisão judicial.

É certo que muito embora atualmente o ativismo judicial se debata apenas no campo doutrinário jurídico, remonta-se tal discussão a um artigo jornalístico em 1947 editado pela revista *Fortune* que analisava o perfil dos juízes que compunham a época a Suprema Corte americana. De forma a traçar o caráter ativista dos juízes que lá estavam.

Em âmbito nacional é possível dizer que a própria Constituição traçou o perfil do Supremo Tribunal Federal. O STF possui o papel de Corte Constitucional, na medida em que é dela a última decisão em matérias que versem sobre violação da Carta Magna.

Não obstante, ao longo dos anos a Corte Constitucional vem adquirindo um papel mais político e assume função política quando decide sobre demandas de cunho políticos que acabam por ditar os caminhos a serem seguidos pelos estados.

Foi com a criação da Emenda Constitucional nº 45 que se criou o requisito de repercussão geral como condição de admissibilidade das ações de competência do STF, de forma a dar um viés mais importante aos processos que lá são julgados. Fez com que somente se julguem naquela corte os processos importantes para a sociedade. É uma forma de

⁹ WOLFE, *apud* DE PAULA, Daniel Gioptti; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Jus Podium. 2011. p. 78.

estratégia relevante no cenário político nacional, que acaba por acarretar, muitas vezes, em demandas envolvendo políticas públicas.

Já foi decidido em grau de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, de decisão monocrática do Ministro Celso de Melo que o processo é meio idôneo para viabilizar políticas públicas:

[..] não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional.¹⁰

Nesse contexto, traça-se o perfil de que o STF possui um papel de destaque na transformação da realidade social. A corte constitucional ganha uma postura preocupada a ocupar-se estreitamente com o futuro, na vertente do que poderá ser feito.

Nessa transformação, é um dos atores corresponsáveis pela consecução, além do estado, das finalidades garantidas pela Constituição Federal. É dele também a incumbência de dar concretização aos princípios e valores constitucionais. Assim, já decidiu o STF acerca do direito à saúde:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Celso de Melo. DJ 04.05.2004 Arguição de Preceito Fundamental n. 45/DF – Distrito Federal. Acessada em 12/10/2013.

INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes.¹¹

Além desse precedente, em um de seus precedentes em relação à educação nacional tem-se que o STF já decidiu em via processual a reapreciação de atos administrativos discricionários, seja pelo desvio de finalidade ou no aspecto do princípio da legalidade. Nesse sentido se posiciona a respeito à atuação primária dos Municípios em relação a educação infantil, como predispõe o art. 211 da CRFB em seu §2º: “Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil”. Como pode ser visto:

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, 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" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu

¹¹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Celso de Mello. DJ 12/12/2006. Agravo Regimental no Recurso Especial 393175 AgR/RS. Acessada em 12/10/2013.

processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.¹²

Quanto à restrição no âmbito da discricionariedade administrativa o fenômeno do ativismo ocorre tanto quanto às condutas comissivas quanto às condutas omissivas do estado, pois, como já visto, a omissão do administrador constitui desrespeito à imparcialidade constitucional.

1. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da Administração importa afronta à Constituição. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que "[a] educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental[...]. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional". Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.¹³

Portanto, mesmo que excepcionalmente, vê-se que o Supremo Tribunal Federal, reconhece a possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário de questões que envolvem

¹² Brasil. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Celso de Mello. DJ 22/11/05. Agravo Regimental no Recurso Especial 410715 AgR/SP. Acessada em 12/10/2013.

¹³ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Eros Grau. DJ 02/04/2010. Recurso Especial nº 603575 AgR/SC. Acessada em 12/10/2013.

Políticas Públicas, apesar de essa atuação ser prioritariamente direcionada aos Poderes Legislativo e Executivo, em caráter excepcional não pode o governo se furtar ao oferecimento das políticas públicas asseguradas pela Constituição, sob pena de descumprimento dos encargos políticos-jurídicos a eles impostos.

CONCLUSÃO

Diante de tal panorama é comum a discussão acerca das tensões entre o constitucionalismo e a democracia. Quanto ao tema debatem diversos juristas, cientistas e políticos sobre a fronteira entre a política e o governo e sobre os limites da jurisdição constitucional.

O que se extrai de qualquer âmbito das discussões postas é que o judiciário não está adstrito de apenas revelar o direito, é pacífico atualmente que os membros do poder judiciário não se subsumem apenas à aplicação mecânica das normas jurídicas, mas além disso, ponderam princípios postos na legislação.

Tal raciocínio jurídico advém da necessidade de uma otimização na aplicação dos direitos fundamentais nas decisões judiciais, implicando na desconstrução de um velho dogma que seria a separação rígida dos poderes do estado, que deixava que a instância judicial apenas resguardasse o que era decidido politicamente.

Conforme visto anteriormente, a proliferação dos direitos fundamentais e a exigência social na aplicação de cada um desses novos direitos faz com que surja uma nova concepção sobre a separação dos poderes. Superando, portanto, o dogma da separação absoluta entre direito e política. Na verdade, o que se vê atualmente é uma conexão muito maior do que se pensava entre política e judiciário.

Parece que nesse instante a teoria democrática não mais responde todas as questões necessárias à vida em sociedade, como por exemplo, até que ponto estão legitimados os tribunais a decidir sobre questões morais e políticas. Necessitou-se, portanto, uma releitura acerca do modelo clássico ou puro de separação dos poderes realizada por John Locke e Montesquieu.

O modelo de *check and balance* ou como é posto no direito brasileiro, princípio dos freios e contrapesos, é formulado com base na concepção de um novo modelo de aceitação constitucional de que cada poder estatal, uma vez que todos possuem a mesma legitimidade, advém da Constituição.

É de se perceber que o modelo clássico de distinção de poderes não é mais o modelo que reflete a necessidade da atual sociedade, por isso, não dando conta do pluralismo social existente. Assim, diante de complexas relações jurídicas que se relacionam, as sociedades modernas necessitam de que os membros dos diversos órgãos se unam em busca do interesse público, que é um só.

O ativismo judicial não é mais considerado mera extração da norma. O direito da solidariedade vem expresso na norma como objetivo a ser alcançado, por isso, a lei lança mão de normas programáticas que devem ser providas pela atuação constante do estado na promoção desses direitos.

É o que se chama de “força ativa da Constituição”, capaz de imprimir uma nova realidade política e social na vida pública do estado, já que se instituiu o dever de prover certas modalidades de políticas, extraindo daí a força normativa de suas regras.

Por sua vez, as políticas públicas não se confundem com o direito social, já que é na verdade um programa que visa a efetivar esse direito. Por consequência, só podem ser judicializadas as políticas públicas definidas no texto constitucional, pois não refletem direitos subjetivos individuais.

Nesse andar, é importante que a separação das funções não seja tão rígida. Ao judiciário cabe se manifestar nos casos de eventuais desvios e omissões. A “judicialidade” é elencada como o segundo princípio garantista e tem a finalidade de proporcionar a justiciabilidade de todos os direitos previstos como garantias fundamentais, assim como a própria Constituição Federal o faz.

A realidade é que, ao magistrado é conferida a tarefa nobre de conformar as políticas públicas preferenciais já previstas no corpo da Constituição, para que cesse de uma vez por todas a liberdade discricionária do administrador e até mesmo do legislador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert; BULYGIN, Augênio. *La Pretensión de corrección del derecho: La polémica sobre La relación entre derecho y moral*. Traducción de Paula Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. esp. p. 95 e segs.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamento teórico e filosófico do novo Direito Constitucional brasileiro*. Jus Navegandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <[HTTP://jus.com.br/artigos/3208](http://jus.com.br/artigos/3208)> Acesso em 8 de setembro de 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 out. 2013.

BINENBJON, Gustavo. *Uma Teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo. Malheiros, 1999.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: Bucci, Maria Paula Dallari (Organizador). São Paulo: Saraiva, 2006.

DE PAULA, Daniel Gioptti; FELLETT, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador. Jus Podium. 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas in: Hermes Zaneti Jr. / coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.