

JULIANA AMÉLIA GASPARETTO DE TOLEDO SILVA

**CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DE
FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS**

SÃO PAULO - 2009

JULIANA AMÉLIA GASPARETTO DE TOLEDO SILVA

**CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DE
FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS**

Trabalho de Monografia Jurídica apresentado no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito para a obtenção de título de Especialista em Direito, na área de Direito Constitucional, sob orientação do Professor Dr. Roberto Baptista Dias da Silva.

SÃO PAULO - 2009

Para meus amigos da pós-graduação em Direito Constitucional da PUC-SP, procuradores, advogados, juízes, defensores e estudantes como eu – que pretendem ingressar nas carreiras públicas – pessoas interessadas e conscientes, por enriquecerem os debates e pelas conversas muito animadas nos intervalos e nos momentos de confraternização.

AGRADECIMENTO

Ao meu orientador, Profº Dr. Roberto Baptista Dias da Silva, por sua orientação ativa e didática e por ser um professor bastante acessível e amigável, admirado por seus alunos.

SUMÁRIO

Introdução.....	06
Capítulo 1. Hermenêutica constitucional.....	08
1.1. Abertura e efetividade das normas constitucionais.....	08
1.2. Concretização dos direitos fundamentais.....	13
1.3. O Poder Judiciário como veículo para exigir e impor a criação de condições fáticas favoráveis para o exercício do catálogo de direitos fundamentais declarados.....	16
Capítulo 2. Relação entre constitucionalismo e democracia e o papel do Poder Judiciário.....	19
2.1. Características do constitucionalismo e da democracia.....	19
2.2. Ineficácia da representação política dos anseios do povo e a necessidade de uma maior atuação do Judiciário no sentido de resguardar a harmonia entre os poderes.....	21
Capítulo 3. Controle de constitucionalidade das leis e a separação de poderes.....	24
3.1. O novo papel do Poder Judiciário e novos padrões de relação entre ele e os demais órgãos do estado.....	24
3.2. A questão da legitimidade democrática do Poder Judiciário.....	26
Capítulo 4. Judicialização da política.....	32
4.1. Conceito.....	32
4.2. A judicialização da política no contexto da Constituição Federal de 1988.....	37
4.3. Quais as causas e conseqüências da judicialização da política?...38	38
Capítulo 5. Ativismo judicial.....	42
5.1. Em que consiste o ativismo judicial?.....	42
5.2. A colmatação de omissões inconstitucionais: um exercício de ativismo judicial?.....	45
5.3. Diferentes formas de interpretação: construtivismo e passivismo (autocontenção).....	46
5.4. Distinção entre judicialização da política e ativismo judicial.....	50
5.5. Críticas ao ativismo.....	51
5.6. A mudança do STF: postura ativista?.....	53
Capítulo 6. Políticas públicas.....	57
6.1. Conceito.....	57
6.2. Legitimidade do controle judicial das políticas públicas, quais os limites?.....	60

6.3. Parâmetros do controle judicial.....	66
6.4. Hipóteses de controle judicial: ausência ou ineficiência da política pública.....	68
Capítulo 7. Análise de caso sobre o fornecimento de medicamentos.....	70
7.1. Considerações iniciais.....	70
7.2. Críticas à judicialização excessiva.....	71
7.3. Parâmetros propostos para o fornecimento de medicamentos.....	73
Conclusão.....	77
Bibliografia.....	80

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira é analítica, ambiciosa e desconfiada do legislador¹, motivos pelos quais ela elenca e detalha vasto rol de direitos e garantias individuais e sociais, abraça princípios e valores fundamentais para o Estado Democrático de Direito e enumera os instrumentos e remédios a serem utilizados pela sociedade em caso de omissão do legislador violadora de seus preceitos.

Sob esta ótica, o Poder Judiciário é indispensável veículo para impor a criação de condições fáticas favoráveis para o exercício do catálogo de direitos fundamentais declarados.

Para tratar dos temas ativismo judicial, judicialização da política e controle judicial de políticas públicas, é necessário abordar diversos aspectos: a nova hermenêutica constitucional; o constitucionalismo, a democracia e a relação entre ambos; a nova divisão de poderes; a possibilidade de controle judicial das políticas públicas e seus parâmetros, passando pelo mínimo existencial e a reserva do possível, e a efetivação do direito à saúde como caso concreto para delimitar o tema proposto.

Certos fenômenos que são característicos ao desenvolvimento do Poder Judiciário como um poder politicamente ativo e são condições para a existência da judicialização da política, bem como do ativismo judicial, serão abordados, tais como:

O ambiente democrático como condição necessária para a existência de um efetivo meio de autocontenção de poderes; porém este não é suficiente para embasar, sozinho, a ampliação do Poder Judiciário.

A separação de poderes que mantém a relação de contrapesos que faz com que, à medida que um poder cresça, o outro deva fazer o mesmo para contrabalançar.

Os direitos políticos que pressupõem a aceitação de entendimentos minoritários, mas não são suficientes para sustentar a idéia de expansão da atuação do Poder Judiciário.

¹ Luís Roberto BARROSO, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, p. 3.

O uso dos tribunais pelos grupos de interesse: o Poder Judiciário é meio mais racional para a realização dos objetivos dos grupos de pressão.

O uso dos tribunais pela oposição: o Poder Judiciário também é utilizado como meio de obstaculizar o processo político.

A percepção das instituições políticas.

A delegação de poderes pelas instituições majoritárias: quando o Congresso Nacional decide não tomar decisões em razão do alto custo político. São decisões de fundamental importância para a inserção política na sociedade, porém a probabilidade de insatisfação causada por tais decisões também é relevante para os parlamentares que dependem dos votos da população para continuarem no Poder.

O deslocamento da agenda política brasileira do Poder Legislativo para o Judiciário, a exemplo das audiências públicas realizadas perante o Supremo Tribunal Federal.

Diante do elenco acima, será analisado o destaque (já vislumbrado) da atuação do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição da República.

CAPÍTULO I

1.0- HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

1.1- Abertura e efetividade das normas constitucionais

Iniciamos este primeiro capítulo sem a pretensão de abordar todos os aspectos relevantes da nova hermenêutica constitucional, sem se ater aos vários métodos de interpretação constitucional e suas especificidades (gramatical, teleológico, sistemático e histórico) e sem enumerar, um a um, os diversos princípios hermenêuticos, pois este não é o objeto central desta monografia.

Trataremos em linhas gerais da importância desta ciência que é a hermenêutica constitucional, o que nos parece ser o primeiro passo para compreender que a mudança na forma de interpretar a Constituição, especialmente com o advento da Constituição Federal de 1988, conduziu à judicialização da política e ao ativismo judicial, estes sim os objetos centrais do trabalho.

A hermenêutica constitucional contemporânea, precisamente para atender a função de interpretar normas específicas, que se encontram legitimadas pelo Estado Democrático de Direito, realiza-se no processo argumentativo, onde estão presentes os valores que antecedem a própria construção da ordem democrática.

O jurisfilósofo Hans Kelsen não defende a interpretação literal da lei, mas vislumbra na interpretação um ato de vontade, o qual estaria limitado apenas pela moldura legal. Nas palavras dele:

“Entendendo-se por “interpretação” a verificação do sentido da norma a ser executada, o resultado desta atividade só pode ser a verificação da moldura, que representa a norma a ser interpretada e, portanto, o reconhecimento de várias possibilidades que estão dentro desta moldura. Nesse caso, a interpretação de uma lei não é necessária a uma decisão

como a única certa, mas leva, possivelmente, a várias decisões – enquanto só se ajustam à norma a ser aplicada – do mesmo valor, mesmo que uma única dentre elas se torne direito positivo numa sentença judicial².

E prossegue mais adiante:

“...a elaboração da norma individual no processo de execução da lei, enquanto a moldura da norma geral for preenchida, é uma função da vontade. Os comentários “científicos” em que deve apoiar-se a atividade de execução da lei têm caráter absolutamente jurídico-políticos, são propostas para igualar a feitura das leis e são experiências para influenciar a função da criação jurídica dos tribunais e autoridades administrativas”³.

Tratando da “textura aberta do direito” e da necessidade de buscar um meio-termo entre o formalismo e o ceticismo sobre as regras, Herbert Hart afirma que “...considerando tudo aquilo que nós aceitamos chamar uma regra, é possível distinguir casos centrais nítidos em que se aplica certamente e outros em que há razões, tanto para afirmar, como para negar que se aplique. Nada pode eliminar esta dualidade de um núcleo de certeza e de uma penumbra de dúvida, quando nos empenhamos em colocar situações concretas sob as regras gerais”⁴.

Ele fala sobre “o poder discricionário que assim lhe é deixado pela linguagem pode ser muito amplo; de tal forma que, se ela aplicar a regra, a conclusão constitui na verdade uma escolha, ainda que possa não ser arbitrária ou irracional”⁵.

Não se olvide que nossa Constituição Federal de 1988 abriga inúmeros conceitos jurídicos indeterminados e vagos, o que leva a uma zona de indeterminação e, além disso, muitas normas constitucionais apresentam teor político, tais como “controle de preços”; “justiça social”; etc.

² Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, p. 116.

³ *Ibid.*, p. 119.

⁴ Herbert L.A. Hart, *O conceito de direito*, p. 134.

⁵ *Ibid.*, p. 140.

Os conceitos indefinidos e abertos do texto constitucional encontram respostas no próprio corpo constitucional. Os princípios abrem a Constituição e adiante (no corpo) são melhor esclarecidos e complementados.

A consagração de normas constitucionais de caráter aberto e de princípios limita a atuação da lei e demanda um processo de preenchimento, a ser implementado pelo órgão incumbido de zelar pela guarda da Constituição. Esta situação conduziu a severas críticas, a exemplo de Schmitt, para quem a principiologia constitucional representaria “tirania dos valores”, capaz de conduzir à derrocada do Estado legislativo e à instauração do “Estado jurisdicional”⁶.

Em razão da nova hermenêutica constitucional firmou-se a convicção de que a norma constitucional pode não ter significado único e pré-estabelecido, cabendo ao intérprete atribuir os significados da norma. Neste sentido:

“As cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar”⁷.

“No caso da interpretação constitucional, a argumentação assume, muitas vezes, um papel decisivo: é que o caráter aberto de muitas normas, o espaço de indefinição de conduta deixado pelos princípios e os conceitos indeterminados conferem ao intérprete elevado grau de subjetividade. A demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida”⁸.

Até porque a linguagem nem sempre é clara e deste fato decorrem problemas como: ambigüidade natural das palavras; vaguidade; textura aberta (várias possibilidades que a linguagem pode apresentar, além das rotineiras).

Além dessas dificuldades com a interpretação também temos os pré-conceitos e pré-juízos do próprio intérprete.

⁶ Cf. André RAMOS TAVARES, *Justiça constitucional e suas fundamentais funções*, p. 18.

⁷ Luís Roberto BARROSO, *A nova interpretação constitucional*, p. 332.

⁸ *Ibid.*, p. 336.

Para Ronald Dworkin “os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da sua comunidade”⁹.

O autor prossegue explicando que:

“os casos difíceis se apresentam, para qualquer juiz, quando sua análise preliminar não fizer prevalecer um entre duas ou mais interpretações de uma lei ou de um julgado. Ele então deve fazer uma escolha entre as interpretações aceitáveis, perguntando-se qual delas apresenta em sua melhor luz, do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade – suas normas públicas como um todo. Suas próprias convicções morais e políticas estão agora diretamente engajadas”¹⁰.

Já o pragmatismo jurídico, modalidade de realismo, dá ênfase à prática judicial e à forma como os juízes solucionam os casos concretos apresentados.

Importante conquista do constitucionalismo contemporâneo foi o reconhecimento de força normativa das normas constitucionais. Elas passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais.

Os princípios da máxima efetividade e da força normativa da Constituição significam que às normas constitucionais deve ser atribuída eficácia ótima, já considerada a possibilidade de colisão entre direitos fundamentais. Também implicam supremacia e prevalência das normas constitucionais em relação ao ordenamento jurídico restante.

O princípio da efetividade significa que o intérprete da Constituição deve ter compromisso com sua efetividade, com a atuação da vontade constitucional, evitando soluções amparadas no argumento da não auto-aplicabilidade da norma.

⁹ Ronald DWORKIN, *O império do direito*, p. 305.

¹⁰ *Ibid*, p. 306.

A ideia de concordância prática está estreitamente ligada à ideia de proporcionalidade e a necessidade de se acomodar os direitos fundamentais de forma que todos possam ter uma eficácia ótima¹¹.

A conformidade funcional significa estrita obediência à repartição de funções constitucionalmente estabelecida. Por este princípio de interpretação constitucional fica restringida uma participação mais ativa do tribunal Constitucional em debates político-jurídicos, sob a alegação de que se trata de campo reservado ao legislador. Daí surge a metáfora da Constituição-moldura, que serve para definir limites à atividade legislativa, enquanto ao Tribunal Constitucional caberia uma tarefa meramente negativa, a de controlar se o legislador respeita os limites da moldura¹².

O princípio da interpretação conforme a Constituição tem por limite as possibilidades semânticas do texto para que o intérprete não se converta indevidamente em um legislador positivo¹³.

Na esteira dos princípios hermenêuticos citados falaremos da doutrina brasileira da efetividade, assim referida por Luís Roberto Barroso.

Ele explica que essa doutrina promoveu três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país: i) no plano jurídico atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações, inclusive quanto aos direitos sociais, os quais se convertem em direitos subjetivos, comportando tutela judicial específica; ii) do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, afastando-o do discurso puramente político ou sociológico; iii) no aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais¹⁴.

Dessa forma, como valores constitucionais, o sistema de direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que se constitui em núcleo básico de todo

¹¹ Virgílio AFONSO DA SILVA (org.), *Interpretação Constitucional: Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*, Virgílio Afonso da Silva, p.127.

¹² *Ibid*, p.128-129

¹³ Luís Roberto BARROSO, *A nova interpretação constitucional*, p. 361.

¹⁴ *Idem*, *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 5-6.

o ordenamento constitucional, também funciona como seu critério de interpretação.

Os direitos fundamentais positivados constitucionalmente fazem parte da consciência ético-jurídica de uma determinada comunidade histórica.

A seguir, faremos breve distinção entre princípios e regras jurídicas.

Predomina atualmente na doutrina a atribuição de normatividade aos princípios e o reconhecimento da distinção qualitativa entre princípios e regras, o que seria decorrência do desenvolvimento da chamada Teoria dos Princípios¹⁵.

Os princípios abrigam um direito fundamental, um valor, um fim. A diferença entre regras e princípios não é hierárquica, mas semântica. O princípio influencia o sentido das regras constitucionais, mas não as condicionam, existe uma relação de coordenação entre ambos.

Características dos princípios comumente apontadas pela doutrina: generalidade - amplitude de situações a que se destinam; primariedade - não derivam de nenhuma norma, deles derivam normas, ex: princípio da isonomia; dimensão axiológica relevante - é norma que estabelece o valor do sistema, valores éticos, ideológicos.

Quando as normas jurídicas encontram-se em rotas de colisão os princípios são aplicados de acordo com a dimensão de peso que assumem no caso concreto. Cabe proceder à ponderação de interesses e fatos relevantes e não à subsunção.

Sobre esta ponderação de interesses Daniel Sarmento assevera que o Judiciário tem, em linha geral, de acatar as ponderações de interesses realizadas pelo legislador, só as desconsiderando ou invalidando quando elas se revelarem manifestamente desarrazoadas ou quando contrariarem a pauta axiológica subjacente ao texto constitucional¹⁶.

1.2- Concretização dos direitos fundamentais

¹⁵ Luís Roberto BARROSO, *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p.7.

¹⁶ *A ponderação de interesses na Constituição*, p.215.

Consoante entendimento de Ingo Sarlet, a decisão inequívoca do nosso Constituinte foi no sentido de outorgar às normas de direitos fundamentais uma normatividade reforçada e, de modo especial, revela que as normas de direitos e garantias fundamentais não mais se encontram na dependência de uma concretização pelo legislador infraconstitucional, para que possam vir a gerar a plenitude de seus efeitos¹⁷.

Ele trata da norma contida no art. 5º, §1º, da Constituição, que entende ser aplicável a todos os direitos fundamentais (incluindo os direitos sociais), além de apresentar caráter de norma-princípio, de tal sorte que se constitui em uma espécie de mandado de otimização, impondo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem e imprimirem às normas de direitos e garantias fundamentais a maior eficácia e efetividade possível¹⁸.

Para esse autor, de modo especial no que diz com os direitos fundamentais sociais, tais normas de direitos fundamentais não podem mais ser consideradas meros enunciados sem força normativa, limitadas a proclamações de boas intenções e veiculando projetos que poderão, ou não, ser objeto de concretização, dependendo única e exclusivamente da boa vontade do poder público, em especial, do legislador¹⁹.

De acordo com as lições de Robert Alexy, “uma posição no âmbito dos direitos tem que ser vista como definidamente garantida se 1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se 2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como 3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração”²⁰.

¹⁷ Ingo Wolfgang SARLET, *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988*, p.8.

¹⁸ *Ibid*, p.9.

¹⁹ *Ibid*, p. 36.

²⁰ Robert ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 512.

Para ele, tais condições se encontram satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos (padrão mínimo), como é o caso do direito ao mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica²¹.

Alexy salienta:

“Mesmo os direitos fundamentais sociais mínimos têm, especialmente quando são muitos que deles necessitam, enormes efeitos financeiros. Mas isso, isoladamente considerado, não justifica uma conclusão contrária à sua existência. A força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras²²”.

O aumento da opressão sócio-econômica e a elevação dos níveis de desigualdade fática fazem com que o reconhecimento e efetivação dos direitos sociais, ainda que em patamar mínimo, voltado à manutenção de um nível existencial digno, transformem-se em meta indispensável a qualquer ordem estatal que tenha a pretensão de ostentar o título de genuinamente democrática.

Em total consonância com a opinião de Ingo Sarlet o seguinte voto proferido pelo Ministro Celso de Mello sobre a eficácia da norma do art. 196 da Constituição Federal, em reforço à concretização dos direitos sociais fundamentais:

“O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatário todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o

²¹ Robert ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 512.

²² *Ibid*, p. 512-513.

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”.²³

A expressão direitos fundamentais do homem não significa, portanto, esfera privada contraposta à atividade pública, como simples limitação do Estado, mas restrição imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem.

1.3- O Poder Judiciário como veículo para exigir e impor a criação de condições fáticas favoráveis para o exercício do catálogo de direitos fundamentais declarados

A falta de elaboração da lei por inércia do Poder Legislativo não pode importar a falta de concretização dos preceitos constitucionais e, conseqüentemente, a negação da força normativa da Constituição.

Por outro lado, não é porque a lei existe e está em vigor que o juiz está necessariamente sujeito a ela, tendo consciência que os valores constitucionais têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias eventuais.

André Ramos Tavares fala em “legitimidade performática da Justiça Constitucional” – significa que o Judiciário possibilitou a implementação de direitos fundamentais. A Justiça Constitucional não se limita, portanto, a contrastar as leis frente à Constituição. Ela tem o dever de defender a Constituição (concepção formal e passiva), pois a lei já a violou e também de implementar os valores constitucionais – realização do compromisso constitucional – incompatível com a “eficácia seletiva das normas”²⁴.

²³ STF, AGRRE 271286/RS, DJU 24.11.2000.

²⁴ *Justiça constitucional e suas fundamentais funções*, p. 40.

Ao comentar a atuação do Poder Judiciário, a doutrina afirma que ele surge como alternativa para:

- a resolução de conflitos coletivos;
- agregação do tecido social;
- adjudicação de cidadania (com a pauta da facilitação do acesso à justiça).

Sobre a Justiça Constitucional André Ramos Tavares ensina:

“Ao Tribunal Constitucional incumbe conduzir a Constituição de um texto descompromissado a uma *living Constitution*, para utilizar a expressão que ganhou o título da obra de McBain (1948) e de Padover (1964). Trata-se de realização que tem sido amplamente reconhecida pela doutrina, uma necessidade de tornar a Constituição um documento vivo (FERRAZ, 1986, p. 130), que não pode ser considerada como “norma estática e fixada no tempo” (ROCHA, 1991, p. 86). Na doutrina, essa perspectiva tem sido identificada como *mudança (informal)* da Constituição (JELLINEK, 1991, p. 16)”²⁵.

Ao explicar sobre as diversificadas funções de governo de um Tribunal Constitucional, cita: i) a “função arbitral”, pela qual ele impõe certa abertura política ao admitir diversos atores e seus argumentos, promovendo uma maior participação popular; ii) a função de preservar as minorias contra as majorias, impedindo que estas governem isoladamente e promovendo um governo aberto que respeite a diversidade, a oposição e o pluralismo; iii) a função de definir e proteger os direitos fundamentais, o que ocorre especialmente por meio de uma “função cassatória”, definindo quais as condições que devem ser

²⁵ *Justiça constitucional e suas fundamentais funções*, p. 41-42.

implementadas pelo Estado para permitir efetivamente o exercício dos direitos fundamentais²⁶.

Destaca que há, efetivamente, limites intransponíveis para o Tribunal Constitucional no exercício dessa categoria funcional específica: (i) não pode atuar de ofício; (ii) encontra-se circunscrito aos programas governativos constitucionalmente incorporados; (iii) deve respeitar, dentro da condicionante anterior, os âmbitos de atuação próprios dos demais “poderes”²⁷.

E resume de forma precisa:

“Não se trata, aqui, de exigir o cumprimento de direitos fundamentais na concepção de liberdades públicas, nem de desenvolver sua interpretação ou integração, mas sim de exigir e impor a criação de condições fáticas favoráveis para o exercício do catálogo de direitos fundamentais declarado. Vislumbra-se, pois, nessas circunstâncias a presença de uma função tipicamente governativa, porque o Tribunal Constitucional acabará por determinar os âmbitos de atuação exigíveis do Estado”²⁸.

O Poder Judiciário passa a ser convocado ao exercício de papéis constitucionais que o identificam com o guardião dos valores fundamentais. Certo é que os valores contidos no texto devem orientar não só a aplicação e/ou eficácia das normas constitucionais, como devem orientar a interpretação e integração da própria Constituição, eis que a integração e a coesão do texto constitucional evidenciam o real cumprimento do programa constitucional. Por meio do acesso franqueado a qualquer interessado à Justiça Constitucional, esta tem condições de promover uma participação popular na demanda pela efetiva implementação dos direitos fundamentais.

²⁶ André RAMOS TAVARES, *Justiça constitucional e suas fundamentais funções*, p. 43.

²⁷ *Ibid*, p. 44.

²⁸ *Ibid*, p. 43.

CAPÍTULO II

2.0- RELAÇÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

2.1- Características do constitucionalismo e da democracia

Neste capítulo analisaremos a tensão entre constitucionalismo e democracia e a atuação do Poder Judiciário dentro deste quadro.

Primeiramente, nos remetemos à concepção de democracia como um “local” que propicie a reflexão crítica para que o debate público seja satisfatório, permitindo a ampla participação no processo decisório de todos os potencialmente afetados pela decisão.

A Constituição estabelece as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria, alternância no poder e respeito aos direitos da minoria.

É importantíssimo papel de uma Constituição proteger valores e direitos fundamentais, mesmo contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição Federal é o Supremo Tribunal Federal, que deve zelar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, simultaneamente.

Por esta razão, a democracia não se resume ao princípio majoritário.

Para Ana Paula de Barcellos “a democracia exige mais do que apenas a aplicação da regra majoritária. É preciso que, juntamente com ela, sejam respeitados os direitos fundamentais de todos os indivíduos, façam eles parte da maioria ou não. Na verdade, como já se referiu, os direitos fundamentais – e não apenas os individuais e políticos, mas também os sociais – apresentam-se como condições pressupostas do regime democrático e é nesse ponto que a regra majoritária, longe de ser absoluta, encontra seus limites principais²⁹”.

Quanto mais se amplia o poder decisório das instâncias democráticas de decisão, menores serão as atribuições das cortes constitucionais; enquanto

²⁹ *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*, p. 251.

que, num regime que subtrai um conjunto maior de decisões à regra da maioria, o papel da corte constitucional será mais amplo que no primeiro caso.

Quanto ao constitucionalismo, este não só tornou-se o princípio fundador do Estado, mas também o princípio regulador do seu funcionamento. Com o constitucionalismo também aparece a idéia de hierarquia das normas, com prevalência das normas constitucionais sobre as demais, da forma como vislumbrada por Kelsen.

A base filosófica do constitucionalismo moderno se caracteriza pelo humanismo, o individualismo, o igualitarismo, o racionalismo, sendo que a constitucionalidade da ordem jurídica tornou-se um dos princípios basilares do direito político moderno, ao lado do princípio da ordem pública e da autoridade centralizadora do Poder.

Muitos autores dentre os quais José Afonso da Silva, Carlos Roberto de Siqueira Castro, Paulo Bonavides, Fabio Konder Comparato e Gisele Cittadino, defendem o chamado “constitucionalismo democrático”, o qual busca um fundamento ético para a ordem jurídica em oposição ao positivismo e visa à concretização da Constituição, mediante a ampliação do círculo de seus intérpretes, buscando, especialmente, garantir a efetividade do sistema de direitos constitucionalmente assegurados³⁰.

Tomando o fato de que os cidadãos são autores e destinatários do ordenamento normativo é direito deles tomar parte na interpretação da Constituição, ampliando o que Peter Häberle designa como “comunidade de intérpretes da Constituição”, favorecendo o processo de judicialização da política³¹.

Nos dizeres de Gisele Cittadino, “as Constituições dos Estados democráticos, pela via da abertura constitucional, abrem-se a outros conteúdos, tanto normativos (direitos comunitário), como extranormativos (usos e costumes) e metanormativos (valores e postulados morais)”³².

O constitucionalismo democrático é calcado no binômio dignidade humana/solidariedade social.

³⁰ Gisele CITTADINO, *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*, p. 27.

³¹ Cf. Gisele CITTADINO, *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*, p. 110.

³² IDEM, *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*, p. 29.

Resulta daí que a concretização dos direitos fundamentais é certamente uma das valorações políticas fundamentais acolhidas pelo legislador constituinte.

Essa dimensão objetiva do sistema de direitos constitucionais, que será tanto mais efetiva quanto maior for a eficácia normativa da Constituição, também depende da operosidade das instituições encarregadas do seu cumprimento.

Para o constitucionalismo democrático, o processo de concretização da constituição, enquanto efetiva seu sistema de direitos fundamentais, depende da capacidade de controle, por parte da comunidade, das omissões do poder público. E são os institutos processuais destinados a controlar diretamente essas omissões (mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão) que viabilizam a participação jurídico-política.

Na visão de Gisele Cittadino, é pela via da participação político-jurídica (por meio de pressão e mobilização política), traduzida como o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, que se processa a interligação dos direitos fundamentais e da democracia participativa³³.

Concretizar o sistema de direitos constitucionais, portanto, pressupõe uma atividade interpretativa tanto mais intensa, efetiva e democrática quanto maior for o nível de abertura constitucional existente.

A mesma autora não defende com isso um extenso subjetivismo interpretativo, mas abraça a atuação ativa da jurisdição constitucional na defesa das liberdades positivas.

2.1- Ineficácia da representação política dos anseios do povo e a necessidade de uma maior atuação do Judiciário no sentido de resguardar a harmonia entre os poderes

A importância da Constituição e do Judiciário como seu intérprete maior não pode suprimir a vontade política do governo da maioria, nem o papel do Legislativo. Desde que observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei

³³ *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*, p.112.

votada pelo Congresso fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso Nacional.

Não obstante, o papel da justiça constitucional foi significativamente ampliado para controlar os atos dos órgãos políticos e legislativos e sua conformidade material e formal com as normas constitucionais diretas da sociedade; para controlar a constitucionalidade das leis (*judicial review*); para solucionar os conflitos entre os poderes do Estado; para julgar os atentados contra a constituição (crimes de responsabilidade), dentre outros.

Para Cappelletti e Dworkin o Poder Judiciário equilibra e harmoniza os demais poderes (*checks and balances*) e deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, até mesmo contra as maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo³⁴.

Nos dizeres de Gisele Cittadino as Constituições das democracias contemporâneas exigem uma interpretação construtivista das normas e dos princípios que as integram e, nesse sentido, as decisões dos tribunais – especialmente em face de conflitos entre direitos fundamentais – tem necessariamente o caráter de “decisões de princípio”³⁵.

A mesma autora afirma que “os tribunais constitucionais, ainda que recorram a argumentos que ultrapassam o direito escrito, devem proferir “decisões corretas” e não se envolver na tarefa de “criação do direito”, a partir de valores preferencialmente aceitos”³⁶.

Não se deve descuidar nunca que o exercício legítimo da jurisdição constitucional só é legítimo na medida em que são racionalmente fundamentadas suas decisões, com base na Constituição.

As decisões judiciais devem satisfazer simultaneamente as condições de aceitabilidade social e da decisão consistente. Isto equivale à necessidade de a decisão judicial basear-se na ordem jurídica estabelecida, ao mesmo tempo em que requer fundamentação racional, como condição de sua aceitabilidade.

³⁴ Cf. Luiz WERNECK VIANNA, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 25.

³⁵ Gisele CITTADINO, *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*, p. 109.

³⁶ *Ibid.*, p. 110.

Assim, a jurisdição constitucional exercida da maneira esperada é encarada por muitos, dentre eles André Ramos Tavares, Pedro Scalco, Clèmerson Merlin Clève e Walter Claudius Rothemburg, como maior garantia para o exercício da democracia que um risco.

Excluído: ¶

CAPÍTULO III

3.0- CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E A SEPARAÇÃO DE PODERES

3.1- O novo papel do Poder Judiciário e novos padrões de relação entre ele e os demais órgãos do estado

A separação de poderes não é mais a idealizada por Montesquieu. É cediço na doutrina que a rígida separação dos poderes, assim preconizada por ele, na qual os juízes nada mais são que a “boca da lei”, não mais persiste.

Hoje existem permissões constitucionais para um poder exercer função que seria de outro e haverá invasão somente quando extrapolarem os limites da permissão concedida.

À medida em que o estado liberal cedeu espaço ao estado social, que culminou no estado social democrático de direito, ampliou-se paulatinamente e com força o espaço e a influência da jurisdição como atividade assecuratória da eficácia e da implementação dos princípios e valores constitucionalmente assegurados. Neste sentido:

Pode-se estabelecer a capacidade governativa do Tribunal Constitucional especialmente porque a separação de “poderes” não pode ser compreendida, como visto, em termos rígidos, e a proteção dos direitos fundamentais opera mais por força de sua declaração do que da referida separação propriamente dita. A complexidade do Estado de Direito impede que se proponha e sustente uma visão “míope” da separação de poderes como limitativa da atuação governativa do Tribunal Constitucional³⁷.

Ilustrativo também o entendimento sobre a separação de poderes, bastante reproduzido, do Ministro Celso de Mello, relator do MS 23.452-1, ao

³⁷ André RAMOS TAVARES, *Justiça Constitucional e suas fundamentais funções*, p. 41.

tratar da possibilidade constitucional de o Poder Judiciário controlar os abusos praticados pelas Comissões Parlamentares de Inquérito:

Com efeito, o sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional.

Com a finalidade de impedir que o exercício abusivo das prerrogativas estatais pudesse conduzir a práticas que transgredissem o regime das liberdades públicas e que sufocassem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se ao Poder Judiciário a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais.

...

Quando estiver em questão a necessidade de impor o respeito à ordem constitucional estabelecida, a invocação do princípio da separação de poderes não terá a virtude de exonerar qualquer das Casas do Congresso Nacional do dever de observar o que prescreve a Lei Fundamental da República.

Na visão de Ana Paula de Barcellos, “nem a separação de poderes nem o princípio majoritário são absolutos em si mesmos, sendo possível restringir sua incidência em determinadas hipóteses, especialmente quando se tratar da garantia dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana que eles, direta ou indiretamente, buscam também promover. Mais que isso, não haveria

sentido algum em interpretar esses dois princípios contra seu próprio fim, mantendo, a pretexto de respeitá-los, situações de reconhecida e indisputada indignidade dos indivíduos”³⁸.

3.2- A questão da legitimidade democrática do Poder Judiciário

A atividade do juiz não é mais mecânica, sem criatividade, nem pode ser concebida como mera subsunção do fato à hipótese legal. A aplicação do direito dada a sua complexidade, oferece diversas possibilidades interpretativas sobre um mesmo caso concreto, conduzindo a elementos criativos. O juiz frequentemente se depara com textos legais abertos, que contêm mais de um significado possível, o que lhe atribui certa margem de liberdade para decidir entre as várias interpretações cabíveis, o que já foi abordado no primeiro capítulo.

A valorização do Poder Judiciário está diretamente ligada e vem em resposta à desqualificação da política e também pela decadência do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*). As esperanças neste depositadas foram transferidas para a Justiça³⁹.

Nesta linha de raciocínio, Oscar Vilhena Vieira comenta que “há, hoje, uma vasta literatura que busca compreender este fenômeno de avanço do direito em detrimento da política e conseqüente ampliação da esfera de autoridade dos tribunais em detrimento dos parlamentos”⁴⁰.

Luiz Werneck Vianna citando Garapon anota que “o sucesso da Justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas

³⁸ *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 254.

² Na visão de Werneck Vianna em *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, anteriormente vivenciamos o que chamaram de “circuito clássico”, no qual a vontade majoritária se formava com representação da sociedade civil e dos partidos políticos – esta era a soberania popular clássica. Hoje vivenciamos o que chamam de “circuito atual”, no qual os procedimentos políticos dão lugar aos procedimentos judiciais – o Poder Judiciário é interpelado diretamente por indivíduos, grupos sociais e partidos e prevalece a lógica dos princípios do direito material – aqui há invasão do Direito na Política.

⁴⁰ *Supremocracia*, p. 442. A propósito da referida valorização e ampliação do papel do Direito e do Poder Judiciário e da desqualificação da política, Oscar Vilhena Vieira comenta que para uma corrente de analistas isto ocorre “como decorrência da retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas”, p. 443.

*clássicas, em razão do desinteresse existente sobre elas e a perda do espírito público*⁴¹.

A expressão “governo dos juízes” ou a “lei dos juízes” contem elevado conteúdo simbólico e expressam a relevância da jurisdição no que se refere à implementação de políticas sociais inseridas em normas constitucionais limitadas ou programáticas, às quais as cortes constitucionais têm feito conformar a legislação infraconstitucional ou mesmo dar eficácia através de instrumentos apropriados conforme os sistemas constitucionais de cada país⁴².

A realidade é que o Poder Judiciário assumiu novo papel em face das transformações decorrentes do Estado de Bem-Estar, passando a exercer funções que antes não lhe eram próprias, como a de “intromissão” em assuntos de outros poderes, assim como a ocupar espaços que antes pertenciam às relações privadas ou políticas entre os diversos grupos sociais, substituindo a família, a Igreja e os fóruns de discussão política. Daí a maior influência política do Poder Judiciário nas sociedades contemporâneas. Esse poder passa a ser percebido como a salvaguarda confiável das expectativas por igualdade e a se comportar de modo substitutivo ao Estado⁴³.

Entre o juiz e o legislador passa a haver uma relação cada vez mais intercomplementar, de tal modo que incumbe ao juiz a lapidação final da norma por meio da interpretação. Esta interpretação é orientada por princípios a qual parece atender melhor à dupla necessidade de segurança e justiça nas decisões.

A função interventiva do Supremo Tribunal Federal visando não apenas defender, mas promover os direitos assegurados na Constituição implica superação da função judicial na sua concepção clássica de legislador negativo e o reconhecimento de uma atuação positiva, embora não tão ampla como a do Poder Legislativo, na criação do Direito.

⁴¹ *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 25.

⁴² Na formulação de Dworkin dos “juízes-Hércules”, esse autor opta pelo construtivismo e vê o Judiciário como protetor das minorias contra as injustiças praticadas pelas maiorias.

⁴³ Luiz WERNECK VIANNA, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p.25.

Assim também entende Oscar Vilhena Vieira, para quem, a partir das modernas constituições, que institucionalizaram robustas jurisdições constitucionais, os juízes passariam também a zelar pelo cumprimento das promessas positivas feitas pela Constituição⁴⁴.

Sistematizamos os argumentos encontrados na doutrina sobre o aumento da influência política do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, nas sociedades modernas, o que é verificado pela conjunção dos seguintes fatores:

- a “ambição constitucional”⁴⁵, que significa que “a Constituição transcendeu os temas propriamente constitucionais e regulamentou pormenorizada e obsessivamente um amplo campo das relações sociais, econômicas e públicas, em uma espécie de “compromisso maximizador”, criando conseqüentemente, enorme esfera de tensão constitucional e explosão de litigiosidade, ou seja, “qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade, que, por regra, deságua no Supremo”⁴⁶.

- as “competências superlativas”, pelas quais o Supremo recebeu amplos poderes de guardião da constituição, fazendo as vezes de tribunal constitucional, de foro judicial especializado (julgamentos criminais de altas autoridades) e de tribunal de recurso de última instância (apreciação de recursos extraordinários e agravos de instrumento)⁴⁷.

- “judicial review” – uma das principais formas de judicialização da política é o controle de constitucionalidade dos atos do Poder Executivo e Poder Legislativo.

- as ações diretas de inconstitucionalidade são valorizadas, chamando o Poder Judiciário a “compensar a tirania da maioria” (Werneck Vianna), que seriam as leis impostas pelo Poder Legislativo, órgão de lógica majoritária.

- o efeito vinculante implica que os Tribunais inferiores julguem em conformidade com o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal,

⁴⁴ *Supremocracia*, p. 444.

⁴⁵ *Ibid*, p. 446.

⁴⁶ *Ibid*, p. 447.

⁴⁷ *Ibid*, p. 447.

impedindo a possibilidade de tratamento desigual para situações semelhantes e garantindo uniformidade, regularidade, segurança jurídica, eficiência e transparência nas decisões judiciais.

- abertura a novos atores políticos e sociais e transformação dos partidos políticos, sindicatos e associações em intérpretes da Constituição - em consequência Poder Judiciário é chamado a arbitrar conflitos de ordem política e rever decisões tomadas pelo Executivo e Legislativo a respeito de políticas públicas. Para Oscar Vilhena Vieira “essa abertura do Supremo a outros atores políticos tem transformado o tribunal, em muitas circunstâncias, em uma câmara de revisão de decisões majoritárias, a partir da reclamação daqueles que foram derrotados na arena representativa”⁴⁸.

Oscar Vilhena Vieira nota uma singularidade no arranjo institucional brasileiro, que denomina de “Supremocracia”, esclarecendo que, num primeiro sentido o termo se refere à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do Judiciário, especialmente com a adoção do efeito vinculante e da súmula vinculante e, num segundo sentido, significa a autoridade do STF em detrimento dos demais poderes.

O mesmo autor observa que em decisões recentes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal não houve espaço para deferência às decisões tomadas pelo legislador, assim entendida como o respeito que muitos tribunais demonstram em relação legislador democraticamente eleito e o conhecimento do judiciário de que a ele não foi conferido um poder de inovar na ordem jurídica.

Exemplificando com o julgamento da lei de biossegurança, anota que “o que ficou claro é que o Supremo não se vê apenas como uma instituição que pode vetar decisões parlamentares claramente inconstitucionais, mas que pode comparar a qualidade constitucional das decisões parlamentares com as soluções que a própria Corte venha a imaginar, substituindo as decisões do parlamento caso entenda que as suas são melhores”⁴⁹.

⁴⁸ *Supremocracia*, p. 448.

⁴⁹ *Ibid*, p. 452.

Como consequência surgem relevantes questões problemáticas acerca da:

1) definição da extensão e limites da interpretação constitucional, bem como o discernimento da atividade interpretativa da atividade criadora do direito.

2) incapacidade dos legislativos de elaborar leis suficientes e coerentes para assegurar a harmonia entre as diversas disposições normativas que regem as sociedades complexas. E mais uma vez os tribunais são chamados a tornarem-se coadjuvantes da ação legislativa, de tal modo que a doutrina chegou a preconizar que hodiernamente o legislador inicia a elaboração das leis e o judiciário termina.

3) controle de constitucionalidade das leis, ou seja, da revogação de atos do parlamento por uma justiça constitucional, quer seja ela uma corte constitucional nos moldes americanos ou um tribunal constitucional conforme o modelo austríaco. Muitos viram nesse modelo a entrega do poder político às mãos dos juízes⁵⁰.

O argumento apresentado diz que o corpo de integrantes de um tribunal, ao exercer o controle de constitucionalidade das deliberações dos representantes legitimamente eleitos pelo povo, incorre em violação do princípio majoritário, democrático. Esta questão se coloca como primeiro dilema a ser enfrentado pela doutrina construtivista ou do ativismo judicial.

Neste ponto, as críticas ao controle judicial de constitucionalidade das leis baseadas na afronta da vontade geral – uma vez que falta aos membros do judiciário a legitimidade legislativa conferida ao legislador através do sufrágio democrático – perderam profundamente sua pertinência ao serem confrontadas pelo regime nazi-fascista, que teve suas ações legitimadas pela aprovação da vontade geral. Deste episódio restou um desastre político e humanitário, bem como afronta aos princípios da democracia. Com o desmonte dos regimes

⁵⁰ Deve-se consignar que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade não foram estendidos ao legislador. Se assim não fosse, ficaria comprometida a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo este a papel subalterno perante o poder incontrolável daquele, com evidente prejuízo do espaço democrático-representativo da legitimidade política do órgão legislativo. Aqui ocorreria o inconcebível fenômeno da “fossilização da Constituição”, como esposado por ministros do STF, na ADI nº 907, rel. Min. Ilmar Galvão e ADI nº 864, rel. Min. Moreira Alves.

autoritários e a positivação dos direitos fundamentais, surge a redefinição das relações entre os três poderes, com a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política. Assim, o constitucionalismo moderno confiou a guarda da vontade geral ao Poder Judiciário, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria.

|

CAPÍTULO IV

4.0- JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

4.1- Conceito

A judicialização da política significa a expansão do papel do Poder Judiciário no sistema político.

A expressão passou a compor o repertório da ciência social e do direito a partir do projeto de C. Neal Tate e T. Vallinder (1996) no livro *The global expansion of judicial power*. Nos dizeres dos autores “a judicialização da política deve normalmente significar: 1) a expansão da jurisdição dos tribunais ou dos juízes a expensas dos políticos e/ou dos administradores, isto é, a transferência de direitos de tomada de decisão da legislatura, do gabinete ou da administração pública para os tribunais, ou, pelo menos, 2) a propagação dos métodos de decisão judiciais fora da jurisdição propriamente dita. Em resumo, podemos dizer que a judicialização envolve essencialmente transformar algo em processo judicial”⁵¹.

Os autores citados apontam as condições que facilitam e promovem o processo de judicialização da política: democracia; separação de poderes; reconhecimento de direitos fundamentais em favor de minorias; uso dos tribunais pela oposição; fragilidade dos partidos políticos; falta de legitimidade das instituições governamentais e delegação por estas instituições de debates públicos ao Judiciário.

O ativismo judicial é uma dimensão essencial da noção de judicialização da política formulada por Tate e Vallinder.

A expressão judicialização da política corresponde a um fenômeno observado em diversas sociedades contemporâneas. Podem ser observados dois aspectos da judicialização da política. O primeiro refere-se à transferência das tomadas de decisão para o âmbito de atuação dos juízes e tribunais. Já o segundo refere-se à propagação do procedimento judicial para a Administração e os Parlamentos em geral.

⁵¹ Apud Amandino TEIXEIRA NUNES JUNIOR, p.68.

Por estes aspectos, procura-se designar a judicialização da política como a atuação política dos órgãos judiciais nas democracias atuais, particularmente os tribunais constitucionais, no qual o processo judicial interage com o sistema político, especialmente o Legislativo e o Executivo, redefinindo a relação entre os três poderes e adjudicando ao Judiciário a função de controle dos poderes políticos.

Judicializar a política é valer-se dos métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas em dois contextos. O primeiro resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseada na constitucionalização de direitos e dos mecanismos dos *checks and balances*. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão do aparato judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (tribunais e juízes administrativos) e no Legislativo (Comissões Parlamentares de Inquéritos).

Para Barroso a judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. A judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade⁵².

No sentido constitucional, a judicialização refere-se ao novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo da separação dos poderes do Estado, que levaria à ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na política.

Entende-se por questão política aquela cuja solução é confiada única e exclusivamente à faculdade discricionária do Legislativo e do Executivo.

O livro organizado por Luiz Werneck Vianna “*A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*” aponta que o Direito do Trabalho teve uma

⁵² Luís Roberto BARROSO, *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, p.

importância fundamental para judicializar as relações sociais no Brasil, ao introduzir no campo jurídico um argumento de justiça inexistente na concepção ortodoxa do contratualismo liberal, procurando compensar a parte economicamente mais fraca nas relações de trabalho e retirando o tema da justiça social da arena livre da sociedade civil, dos partidos e do Parlamento, compreendendo-o como um feito a ser regulado pelo Poder Judiciário, de cuja intervenção dependeria uma convivência harmoniosa de interesses divergentes.

A noção de politização da justiça destaca os valores e preferências políticas dos atores judiciais como condição e o efeito da expansão do poder das cortes. A judicialização da política requer que operadores da lei prefiram participar da *policy-making* a deixá-la ao critério de políticos e administradores. Daí que a ideia de judicialização envolve tanto a dimensão procedimental quanto substantiva do exercício das funções judiciais.

Dela decorre a ascensão institucional do Poder Judiciário, normalmente chamado a pronunciar-se nas situações em que a atuação do Legislativo e do Executivo se mostra ineficiente, insatisfatória ou ofensiva à Constituição ou a direito fundamental.

O termo judicialização não se referiria apenas à ação dos juízes, mas, inclusive, a de membros do Ministério Público, que seriam os responsáveis por utilizar “em excesso” suas atribuições para levar os conflitos à justiça. Débora Alves Maciel e Andrei Koerner criticam o uso que os promotores fazem da sua legitimidade ativa para propor ações civis públicas, sugerindo que a instituição substitui a sociedade civil e ainda ressaltam o “voluntarismo político” e orientação ideológica de seus membros na busca da afirmação do papel politizado da instituição, o que se constituiria pela visão de uma sociedade civil incapaz de defender seus interesses e de instituições políticas insatisfatórias no cumprimento do seu papel representativo⁵³.

Em síntese, esse “voluntarismo político” orientador da reconstrução institucional teria resultado na ampliação desmesurada da intervenção do sistema judicial nos conflitos políticos e na constituição de um modelo

⁵³ *Sentidos da judicialização da política: duas análises*, p. 119-120.

institucional contraditório que politizou um órgão de justiça independente, tornando-o um “agente político da lei”. Esse ativismo judicial do Ministério Público expressaria a face politizada da justiça, contrapartida da judicialização da política⁵⁴.

Para Vanessa Elias de Oliveira, a judicialização da política é “a utilização de procedimentos judiciais para a resolução de conflitos de ordem política, tais como controvérsias a respeito de normas, resoluções e políticas públicas em geral, adotadas/implementadas pelos Poderes Executivo e Legislativo”⁵⁵.

Também a entende como “capacidade de o Judiciário intervir em políticas públicas, interferindo ou alterando, em alguns casos, o *status quo* vigente”⁵⁶.

A incapacidade do Executivo e do Legislativo de formular leis claras, unívocas e sem lacunas e de respeitar os mais elementares princípios gerais de direito propicia o aumento das possibilidades de escolha, decisão e controle oferecidas à magistratura levando à “tribunalização” da vida econômica.

Em decorrência da ambigüidade do texto constitucional, da dificuldade de se precisar o que significa direito adquirido, o que pode ser objeto de emenda e o que é cláusula pétrea, o Judiciário assume o papel de revalidador, legitimador, legislador ou até mesmo de instância recursal das próprias decisões do sistema político.

Salientamos que a abordagem da judicialização da política encontra variação na doutrina, não havendo um entendimento uniforme sobre o tema, tanto que o conceito é criticado por alguns, como Debora Alves Maciel e Andrei Koerner, por entendê-lo pouco preciso, com diversos sentidos⁵⁷.

Judicialização da política e politização da justiça para alguns autores seriam expressões correlatas, que indicariam os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas⁵⁸.

⁵⁴ *Sentidos da judicialização da política: duas análises*, p. 120.

⁵⁵ *Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política?*, p. 559.

⁵⁶ *Ibid*, p. 560.

⁵⁷ *Sentidos da judicialização da política: duas análises*, p. 130.

⁵⁸ *Ibid*, p. 114.

Em contrapartida, há quem faça distinção entre judicialização da política e politização da justiça, nos seguintes termos⁵⁹:

A judicialização é um processo de três fases:

- 1) Acionar o Poder Judiciário – politização da justiça (pelo Ministério Público, partidos políticos, associações, indivíduos);
- 2) Julgamento da liminar;
- 3) Julgamento do mérito – judicialização da política propriamente.

Assim, para Vanessa Elias de Oliveira não há judicialização quando o Poder Judiciário é acionado, mas não responde à solicitação (a favor ou contra), uma vez que o resultado prático ainda não é a interferência do Judiciário na Política.

Nem sempre o Poder Judiciário entra no mérito das decisões políticas ou se vê preferência judicial por políticas públicas, a exemplo do caso das privatizações analisado por essa autora. Sua análise demonstra que nenhuma venda de empresa pública foi anulada por sentença judicial e que houve convergência entre a política do Executivo e a interpretação da Constituição dada pelo Supremo, o que permitiu a continuidade do programa de privatizações. Nestes casos, quando o Supremo deixou de decidir sobre o mérito das ações acabou por favorecer o Executivo em detrimento da outra parte do processo.

Descreve ainda que a maioria das ações impetradas o foi pelos partidos de esquerda (o Poder Judiciário serviu como recurso das minorias contra medidas adotadas pela maioria, porém, não conseguiram barrar a política adotada pelo governo e não alterou o rumo do quadro vigente). O único resultado obtido foi o retardamento do processo, mas não seu cancelamento.

Conclui a autora que, no caso das privatizações, a denominada judicialização da política teve alcance extremamente limitado por não ocorrer

⁵⁹ Vanessa ELIAS DE OLIVEIRA, *Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política?*, p. 583.

interferência judicial na política brasileira, eis que o Judiciário não interveio na arena política⁶⁰.

Diante do exposto, concluímos que decisões assim por parte do Supremo Tribunal Federal revelam que prevalece a estratégia (expressiva) da omissão no julgamento, o que implica opção pela aceitação passiva de políticas governamentais, questionadas por setores da sociedade que reclamam por um pronunciamento da mais alta corte sobre matérias de relevância política, à luz das diretrizes traçadas na Constituição da República.

4.2- A judicialização da política no contexto da Constituição Federal de 1988

De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, as alterações importantes advindas da ordem constitucional inaugurada em 1988, dentre elas: I) instituição da ação de inconstitucionalidade por omissão; II) ampliação dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade; III) instituição do mandado de injunção; IV) alargamento do objeto da ação popular; v) instituição da ação declaratória de constitucionalidade e VI) ampliação das funções institucionais do Ministério Público, provocaram a ruptura do modelo tradicional de atuação do Judiciário brasileiro, transformando-o em poder de caráter político⁶¹.

O autor menciona também o controle das eleições pelo Poder Judiciário como outra importante mudança decorrente da Constituição de 1988, que levou à judicialização da política no Brasil. Cita como exemplo a ação de impugnação de mandato, fundada em abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

Os argumentos desse autor são robustos indicadores do aprofundamento da judicialização da política brasileira. Sem dúvida, a expansão da jurisdição constitucional é o fator de impulso desse aprofundamento, o que torna proeminente o papel do Supremo Tribunal Federal nesse processo.

⁶⁰ Vanessa ELIAS DE OLIVEIRA, *Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política?*, p. 584.

⁶¹ *A Constituição de 1988 e a Judicialização da Política, passim.*

A judicialização da política sinaliza que o processo redemocratizador viabilizado pela Constituição de 1988 com a ampliação do catálogo de direitos e garantias fundamentais e dos legitimados ativos para a propositura das ações diretas de inconstitucionalidade, repercutiu na agenda da sociedade brasileira.

É possível afirmar que o aumento do número de processos, mormente no âmbito da jurisdição constitucional, não é apenas fenômeno jurídico, mas também político. Nas sociedades democráticas atuais, a ação política é deslocada de sua arena própria (arena política) para uma outra arena (arena judicial), o que significa a expansão do Judiciário no sistema de poder.

4.3- Quais as causas e conseqüências da judicialização da política?

No livro *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, organizado por Werneck Vianna, fala-se que o processo de judicialização da política no Brasil tem sido resultado de uma progressiva apropriação das inovações da Carta de 1988 por parte da sociedade e de agentes institucionais (inclusive governadores e procuradores).

Excluído:

Para Vanessa Elias, a chamada judicialização da política não envolve apenas uma nova comunidade de intérpretes que impetram no Poder Judiciário diversas ações com o intuito de buscar soluções judiciais para conflitos políticos, mas também um grupo de atores essencial para a obtenção de resultados deste processo – os magistrados.

O que a autora Gisele Cittadino entende por processo de judicialização da política pode ser desvinculado das concepções valorativas de uma comunidade ética para referir-se ao processo por meio do qual uma comunidade de intérpretes, pela via de um amplo processo hermenêutico, procura dar densidade e corporificação aos princípios abstratamente configurados na Constituição⁶².

O processo de judicialização da política não precisa invocar o domínio dos tribunais, nem defender uma ação paternalista por parte do Poder Judiciário. A própria CF/88 instituiu diversos mecanismos processuais que buscam dar eficácia aos seus princípios, e essa tarefa é de responsabilidade

⁶² *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*, p. 39.

de uma cidadania juridicamente participativa que depende, de fato, da atuação dos tribunais, mas, sobretudo, do nível de pressão e mobilização política que, sobre eles, se fizer.

São apontadas como causas da judicialização:

- redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988;

- constitucionalização abrangente de diversas matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Neste aspecto esclarece Luís Roberto Barroso que constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito⁶³. Ele assevera que, ao disciplinar um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público a ser alcançado, a Constituição os transforma em uma pretensão jurídica, logo é possível judicializar a exigência desses direitos/objetivos. Exemplos: acesso ao ensino fundamental; gratuidade de justiça; meio-ambiente equilibrado.

- sistema brasileiro misto de controle de constitucionalidade que permite cada vez mais a revisão judicial do que o Legislativo majoritariamente decide, assegurando o respeito aos direitos fundamentais e também garante o exercício democrático do poder.

Importante refletir no Direito como política, nos aspectos para os quais nos chama a atenção Luís Roberto Barroso, de que: 1) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; 2) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; 3) os juízes possuem evidentemente ideologias e valores pessoais, que transmitem subjetividade aos juízos que formulam. A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente.

São explicações para as causas da judicialização da política: crescente normatização dos direitos, pelos processos de transição de regimes autoritários para democráticos, como no Brasil, onde a Constituição de 1988 investiu o

⁶³ *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, p. 3.

Supremo na condição de guardião dos direitos fundamentais e pela queda do constitucionalismo de índole liberal e positivista, voltado para um sistema fechado de garantias da vida privada. A judicialização é resultado advindo da construção do Estado Social de Direito, o qual privilegia a eficácia concreta dos direitos fundamentais, por outro lado, é também reflexo de um déficit de nossas instâncias políticas, fazendo com que o Poder Judiciário atue como um contrapeso em relação aos poderes políticos.

Alguns doutrinadores, dentre eles Paulo Bonavides, ressaltam que o Poder Judiciário não é um órgão político, portanto, está isento dos inconvenientes apresentados por essas instituições⁶⁴. Entretanto, excepcionalmente, deve decidir de forma politizada (embora não meramente política). Inclusive, a exemplo do entendimento de Renato Stanzola Vieira⁶⁵ e André Ramos Tavares⁶⁶, é possível visualizar como politização do judiciário a utilização recorrente de técnicas excepcionais de decisão, com modulação de efeitos, exceções ao efeito retroativo (*ex tunc*) da declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

Uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena. Mesmo nas situações que comportam mais de uma solução possível, deve sempre ser motivada, com emprego de argumentação racional e persuasiva, como relevante distintivo da função jurisdicional e de modo a dar-lhe específica legitimação.

Em resumo, a judicialização da política pode ser contextualizada tanto na expansão da área de atuação dos órgãos do Poder Judiciário, com a transferência de decisões da arena política para a arena judicial, quanto na propagação dos métodos típicos do processo judicial para fora dos tribunais, como a designação de relatores, votos, recursos, audiências públicas e até mesmo o socorro a precedentes.

⁶⁴ Esse autor explica: "O conceito de jurisdição constitucional, qual a entendemos em sua versão contemporânea, prende-se à necessidade do estabelecimento de uma **instância neutra, mediadora e imparcial** na solução dos conflitos constitucionais. E em se tratando, como sóe acontecer, de sociedades pluralistas e complexas, regidas por um princípio democrático e jurídico de limitações do poder, essa instância há de ser, sobretudo, moderadora de tais conflitos", in *Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil* (grifo nosso).

⁶⁵ *Jurisdição Constitucional Brasileira e os limites de sua legitimidade democrática*, p. 324.

⁶⁶ O autor comenta que "a faculdade conferida ao Tribunal de restringir os efeitos da decisão, ao poder se basear em considerações de interesse público, transmuda-se em função de caráter acentuadamente político", in *O tratamento da lei inconstitucional pelo poder executivo*.

Acresce-se o fato de que as técnicas de controle de constitucionalidade desenvolvidas pelos tribunais nas democracias contemporâneas têm ampliado seu domínio sobre os resultados dos processos legislativos e das políticas públicas, fazendo com que o Legislativo e o Executivo, nas suas ações e deliberações, preocupem-se em não violar a Constituição.

CAPÍTULO V

5.0 - ATIVISMO JUDICIAL

5.1- Em que consiste o ativismo judicial?

A origem do ativismo remonta à jurisprudência norte-americana.

O ativismo das cortes constitucionais (em especial da Suprema Corte norte-americana) pode ser visto sob o enfoque das relações entre os tribunais constitucionais e os demais poderes do governo, em especial no tocante à revisão judicial (*judicial review*), ou seja, em relação ao poder de anular atos dos outros poderes, sob argumento de violação constitucional. Este também não é o único viés das políticas ativistas. As cortes constitucionais podem se contrapor às políticas dos demais órgãos do governo por via de suas interpretações às leis.

O fenômeno está sobremaneira relacionado à incorporação de nova pauta de valores pelas Constituições modernas e pelo modelo de Estado do Bem-Estar Social, fazendo com que o Judiciário deixe de ser neutro e passe a agir criativamente para decidir diante da vagueza e imprecisão das normas e na mudança de contexto onde a luta por novos direitos deixa a arena central da política e passa a ser implementada pela via judicial, na qual o embate deve se dar a partir de argumentos de princípios e não de política. Neste sentido:

“O ativismo judicial, antes de ser um conceito fechado de uma teoria do direito é, na verdade, um movimento que, advindo de um efetivo pluralismo democrático de acesso ao Judiciário e de uma crescente judicialização das questões postas na sociedade, veio para reforçar as bases democráticas da formação da vontade social expressa pelo Estado”⁶⁷.

O ativismo judicial decorre da postura politicamente ativa dos juízes. Os juízes decidem que devem:

- participar da tomada de decisão política que poderia de outra forma ser deixada à discricionariedade dos outros poderes (criteriosa ou arbitrária);

⁶⁷ Tiago NEIVA SANTOS, *Ativismo judicial*, p. 278

- substituir as decisões políticas emanadas de outras instituições por aquelas emanadas deles mesmos.

O ativismo significa ainda a utilização pelos juízes de seus próprios valores substantivos na hora de proferir sentenças. Juízes ativistas também usam seu poder de tomada de decisão para disseminar os valores que prezam no que se refere a políticas públicas.

As posturas ativistas estão associadas a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos dois outros poderes.

Ativista é o juiz que tem visão progressista, transformadora e que busca interpretar sua época e busca conferir a suas decisões “um sentido construtivo e modernizante, orientando-se para a consagração dos valores essenciais em vigor”⁶⁸.

Há quem entenda o ativismo judicial em sentido oposto, como Boaventura de Souza Santos, que batizou de “contrarrevolução jurídica” “uma forma de ativismo judiciário conservador que consiste em neutralizar, por via judicial, muito dos avanços democráticos que foram conquistados ao longo das duas últimas décadas pela via política, quase sempre a partir de novas Constituições”. Ele cita decisões judiciais pendentes sobre variados temas como conflitos coletivos sobre distribuição de poder e recursos na sociedade, que exigem uma efetiva convergência entre elites. Admite, no entanto, que isto não ocorre de forma generalizada e consolidada no Brasil⁶⁹.

Trazemos comparativamente as lições de dois importantes juristas sobre a postura ativa que os juízes podem tomar.

Luís Roberto Barroso enumera as seguintes condutas:

a) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário;

⁶⁸ Antônio Gomes de Vasconcelos, *Supremo Tribunal Federal: contencioso ou ativismo judicial*, p.92.

⁶⁹ *A contrarrevolução jurídica*, Folha de São Paulo.

b) declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição;

c) imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas⁷⁰.

Sérgio Fernando Moro propõe os seguintes critérios para pautar a postura ativa⁷¹:

a) Para a proteção e promoção dos direitos necessários ao funcionamento da democracia, especialmente a liberdade de expressão, direito à informação e os direitos de participação;

b) Para a proteção judicial de direitos titularizados, ainda que não de forma exclusiva, pelos pobres, considerando a pobreza como obstáculo ao ótimo funcionamento da democracia;

c) Para o resguardo do caráter republicano da democracia, evitando-se a degeneração do processo político em processo de barganha.

A nosso ver, a postura ativa dos juízes e do Poder Judiciário como um todo é necessária para fazer respeitar os direitos e garantias individuais, bem como fazer cessar as violações contra eles, notadamente aquelas que partem do próprio Poder Público. A par disso, devem distribuir justiça social por meio de decisões que asseguram o bem da vida aos mais necessitados (mas não apenas a estes); resguardar o exercício da cidadania aos excluídos da sociedade; reconhecer direitos das minorias; dar às normas constitucionais interpretação que lhes confira maior efetividade e fazer implementar as políticas públicas quando houver omissão estatal, além de garantir a maximização de mecanismos democráticos que permitam a participação de todos na definição dessas políticas.

Também podemos enumerar outras formas de ativismo muito bem-vindos para a sociedade, como as reformas implementadas para modernização

⁷⁰ *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, p.5.

⁷¹ Apud Pedro SCALCO, *Jurisdição constitucional e democracia na Constituição brasileira*, p. 92

do próprio Judiciário e a abertura do diálogo com os poderes Legislativo e Executivo para buscar medidas que fortaleçam e tragam maior eficiência e transparência às instituições, a exemplo do Pacto Republicano I e II, nos quais foram previstos, exemplificadamente, o aprimoramento e monitoramento do sistema prisional; repressão dos abusos de agentes públicos; agilidade aos processos e julgamentos nas Cortes Superiores para evitar impunidade de autoridades com foro por prerrogativa de função, dentre outros.

5.2 – A colmatação de omissões inconstitucionais: um exercício de ativismo judicial?

Práticas de ativismo judicial em alguns momentos tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam excessivamente, não devendo o Judiciário se reduzir a uma posição de pura passividade.

A omissão do Estado que deixa de cumprir em maior ou menor extensão a imposição ditada pelo texto constitucional qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que mediante inércia o Poder Público também ofende direitos que nela se fundam e impede por ausência ou insuficiência de medidas concretizadoras a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da lei fundamental.

O desprestígio da Constituição por inércia de órgãos constituídos reflete inaceitável desprezo por parte das instituições governamentais da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado.

O ativismo pode ser visto sob o enfoque da atuação das cortes constitucionais no sentido de sua influência na formulação de políticas públicas ou na promoção de mudanças significativas nestas políticas estabelecidas por outras instituições. Essa forma de atuação judicial implica a emissão de decisões neutralizadoras de políticas legislativas ou executivas. Os defensores do ativismo vêem numa corte ativista a proteção de valores fundamentais quando postos de lado pelos demais setores do governo⁷².

⁷² O ativismo judicial, segundo Lenio Luiz Streck, para a corrente substancialista do direito, consiste na postura intervencionista do Judiciário, contrária à posição absenteísta, própria do modelo liberal-individualista-normativista.

O Supremo ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir sua missão constitucional e demonstrar o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei da República.

O maior exemplo de ativismo em relação à imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público em matéria de políticas públicas é o da distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial, que será melhor tratado no último capítulo.

Outros exemplos: greve no serviço público; eliminação do nepotismo e regras eleitorais sobre fidelidade partidária. O Judiciário vem atendendo as demandas sociais enquanto não se realiza a famigerada reforma política, que é imperiosa ao país.

Por imposição constitucional nos dias atuais, cumpre ao Judiciário promover a igualdade substantiva e efetivar os direitos fundamentais, especialmente o direito à educação e saúde.

5.3 – Diferentes formas de interpretação: construtivismo e passivismo (auto-contenção)

O construtivismo do direito é o modelo defendido por Ronald Dworkin, admitindo que “quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica”⁷³.

A propósito, Dworkin é contrário ao ativismo judicial no sentido pelo qual o juiz ignoraria o texto da Constituição e a história de sua promulgação para impor sua vontade, seu próprio ponto de vista sobre o que seja a justiça, sobre os demais poderes do Estado.

⁷³ Ronald DWORKIN, *O império do direito*, p. 274.

Na perspectiva do construtivismo o conflito de regras resolve-se pela aplicação dos princípios norteadores da ordem jurídica; e o conflito entre princípios resolve-se pela hierarquização dos princípios segundo o contexto e as circunstâncias de cada caso em particular.

O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros poderes. Os juízes e tribunais evitam: i) aplicar diretamente a Constituição diretamente a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos e iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas⁷⁴.

A principal diferença observada por Barroso é que o ativismo procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.

A crítica deste autor é no sentido de que a necessidade de um Poder Judiciário ativista provém do fato de a sociedade ainda não ter uma noção exata do seu papel em um Estado Democrático de Direito. Nesta linha de raciocínio, para uma corrente doutrinária o ativismo judicial é responsável por uma espécie de dependência do cidadão do Estado.

O ativismo judicial busca um Judiciário comprometido com uma postura ativa e enérgica em favor da proteção e efetivação dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, atribuindo ao juiz não apenas poder de interpretar cláusulas abertas e princípios abstratos, mas em descobrir o alcance da Constituição e realizar a interpretação da legislação infraconstitucional sempre por meio do filtro da Constituição.

Sobre esse tema Mauro Cappelletti entende que a criatividade da função jurisdicional e o crescimento do direito como jurisprudência se deram

⁷⁴ Luís Roberto BARROSO, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, p. 6.

em razão da necessária existência de um contrapeso, num sistema de *checks and balances*, à expansão dos “ramos políticos do Estado Moderno”⁷⁵.

Desta forma, vê-se a expansão do Poder Judiciário como reforço à lógica democrática, pois o poder conferido a ele é o de interpretar as normas visando à segurança do sistema, ao passo que as aplica na medida necessária para a sua observância do interesse social constitucionalmente estabelecido⁷⁶.

Quanto à autocontenção, também chamada de “auto-restrição judicial” (*judicial self-restraint*), esta prega que ao Poder Judiciário cabe uma atitude de deferência às decisões/atos dos demais poderes. Para tanto, serão utilizadas técnicas minimalistas de decisão para evitar a apreciação do mérito em controvérsias constitucionais. Não é assim que o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado, ao contrário. Trataremos da postura do STF adiante.

Os adeptos do passivismo (contenção judicial) vêm nos juízes constitucionais a atitude recuada de deferir aos outros poderes do Estado absoluta proeminência em suas decisões e não se vêm autorizados a declarar sua inconstitucionalidade, enquanto consideram os ativistas entregues à tirania no declarar a inconstitucionalidade de tais decisões sob o argumento de inconstitucionais. Sob esta perspectiva, a postura de autocontenção deve ser adotada sempre que o juiz constitucional não tiver argumentos suficientes para demonstrar que é consistente sua interferência na política.

Os passivistas denunciam a criação judicial de normas de nível constitucional baseado na afirmação de que ao povo compete a criação do direito fundamental. Os direitos conferidos aos cidadãos são somente aqueles que decorrem da linguagem do texto constitucional. Esta é a conclusão que se extrai da acusação passivista de que os ativistas são usurpadores da função legislativa em contraposição ao princípio democrático.

A interpretação passivista busca fidelidade à linguagem textual da constituição, a hierarquização de cláusulas constitucionais. Ela parte do pressuposto de que a Constituição será mais justa quando menos restritiva for a vontade das maiorias. Qualquer restrição a essa vontade imposta pela constituição não deverá ir além daquelas necessárias à proteção do caráter

⁷⁵ Apud Tiago NEIVA SANTOS, *Ativismo judicial*, p. 276.

⁷⁶ *Ibid*, p.278.

democrático do processo legislativo. Compete também aos legislativos o desenvolvimento de uma teoria dos direitos dos indivíduos (ou das minorias) frente à maioria e não aos tribunais tentarem extrair das disposições constitucionais por demais abstratas e, às vezes obscuras, mediante interpretação, quais direitos devam ser reconhecidos em nome da justiça.

O passivismo baseia-se num convencionalismo histórico ou num ceticismo jurídico, por considerar que as teorias da justiça são subjetivas. O passivismo não se ajusta à prática e não protege os direitos individuais das minorias contra as maiorias.

A partir de uma visão mais comprometida com a doutrina do *self restraint*, compreende-se esta posição como o fenômeno da passagem do Estado parlamentar legislativo para o Estado de jurisdição constitucional. À eficácia jurídico-objetiva dos direitos fundamentais determina uma aproximação entre a formação parlamentar do direito e que se dá através do tribunal constitucional. Há desprestígio da função legislativa e ascensão da função jurisdicional através da passagem interpretativa do direito para a concretização criadora do direito, passando a não haver mais distinção qualitativa entre legislação e jurisprudência. Neste caso, o legislador dá o primeiro lance, porém o tribunal detém a primazia.

Antônio Gomes de Vasconcelos cita em seu artigo “um instrumentário adequado” criado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, com os conceitos-chave que permitem um plano de equilíbrio, seja no Estado liberal (que conserva direitos), seja no Estado social (que planeja), tornando possível interligar categorias amplas (Estado social que realiza e distribui e Estado de direito que garante a propriedade). São eles⁷⁷:

- princípio da proporcionalidade;
- a reserva do direito possível;
- limitação dos direitos fundamentais através de direitos fundamentais de terceiros
- proteção dos direitos fundamentais através de organizações

⁷⁷ Supremo Tribunal Federal: *contencionismo ou ativismo judicial*, p. 102.

Para esse autor, “o ativismo significa adaptação do processo às transformações sociais, políticas e culturais de cada época, além de permitir a harmonização dos diversos ramos processuais (administrativo, fiscal, penal, disciplinar, social e comercial)”⁷⁸.

Inegável o fato de que os juízes exercem uma liberdade de escolha em suas decisões, ao interpretarem a Constituição, devendo ser admitida uma concepção evolutiva da interpretação, inclusive com o reconhecimento de direitos não enumerados, segundo o avançar do tempo e do pensamento político. Nesta esteira, admite-se a denominada “construção constitucional” (construction), que se refere a uma forma de interpretação que utiliza elementos extrínsecos ao texto, tais como princípios, fatos e valores, para determinar não o sentido das palavras, mas o significado de toda a Constituição, o texto inteiro, em conexão de sentido, suprindo as deficiências ou imperfeições da manifestação constituinte originária.

5.4 – Distinção entre judicialização da política e ativismo judicial

Em que pesem serem próximos, judicialização da política e ativismo judicial são fenômenos distintos, sendo a primeira uma decorrência do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil. A judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim da própria Constituição.

Já o ativismo judicial expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de mecanismo para contornar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias.

⁷⁸ *Supremo Tribunal Federal: contencioso ou ativismo judicial*, p. 92.

Os riscos para a legitimidade democrática em razão dos membros do Poder Judiciário não serem eleitos, se atenuam na medida em que juízes e tribunais se atenham à aplicação da Constituição e das leis. Não atuam eles por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular.

Não se olvide que diante de cláusulas constitucionais abertas, vagas ou fluidas, como dignidade da pessoa humana, moralidade e eficiência administrativas, o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo. Porém, quando há manifestação do legislador e havendo lei válida sobre determinada matéria concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre matéria de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la (aqui prevalece a escolha do legislador).

O ativismo judicial não se confunde com o movimento do direito alternativo nem se resume a ele, sendo certo que o tema não só permanece atual como também vem assumindo grande importância nos estudos sobre política judiciária no Brasil, por representar uma visão de um Poder Judiciário ativo na realização do Direito e da Justiça, em contraponto à figura do juiz observador, que assumia uma posição passiva de mero espectador do processo.

Pode ser considerado ativista o juiz que no exercício de suas funções: a) questiona e revê decisões dos demais poderes; b) controla e promove políticas públicas; c) não identifica necessariamente a coerência do Direito e o princípio da segurança jurídica como limites de sua atividade.

Por fim, não se pode vincular, necessariamente, ao ativismo judicial o poder de revisão constitucional e o fenômeno da judicialização da política, pois embora estejam fortemente associados ao ativismo judicial, não constituem condições *sine qua non* para sua ocorrência.

5.5- Críticas ao ativismo

As críticas se concentram nos riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário.

A favor do ativismo judicial podemos citar o aumento do controle sobre os poderes políticos.

De acordo com Antônio Gomes de Vasconcelos os defensores do ativismo consideram que decisões ativistas históricas foram em número mais vantajoso que aquelas indefensáveis e o paradigma sempre lembrado tem sido o exemplo da justiça norte-americana; enquanto os defensores da contenção judicial (*self restraint*) salientam os riscos da quebra de equilíbrio dos poderes como justificação do passivismo judiciário⁷⁹.

Outros doutrinadores admitem que o juiz teria uma margem para determinar se o legislador está dentro ou não do marco constitucional. Não obstante, a exemplo do legislador, o juiz também está sujeito à Constituição.

Em contrapartida, argumenta-se desfavoravelmente com o grande poder exercido por membros não eleitos, o que afrontaria o princípio democrático. Não nos esqueçamos de que ao menos esses membros passaram a sofrer controle externo sobre sua atuação, consoante previsão constitucional.

A crítica feita por alguns autores, dentre eles John Hart Ely, é no sentido de que os juízes não teriam por função se pronunciar sobre o conteúdo que as políticas constitucionais fundamentais deveriam ter, senão garantir a maximização de mecanismos democráticos que permitam a participação de todos na sua definição.

Sobre os riscos para a legitimidade democrática levanta-se a teoria conhecida como “dificuldade contramajoritária”. Ou seja, a falta de legitimidade para invalidar decisões daqueles que exercem o mandato popular, que foram escolhidos pelo povo.

Como justificativas da legitimidade do Judiciário para invalidar decisões tomadas por aqueles que exercem mandato popular Luís Roberto Barroso aponta duas: uma de natureza normativa e outra filosófica⁸⁰.

O fundamento normativo decorre do fato de a Constituição brasileira atribuir expressamente esse poder ao Judiciário, cuja atuação é técnica e imparcial, pois os magistrados não teriam vontade política própria.

⁷⁹ *Supremo Tribunal Federal: contencionismo ou ativismo judicial*, p. 93.

⁸⁰ *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, p. 8/9.

A justificação filosófica para a atuação da jurisdição constitucional na vida institucional decorre do Estado Constitucional Democrático, que abarca as idéias de Constitucionalismo – poder limitado e respeito aos direitos fundamentais – e democracia - que significa soberania popular e governo exercido pelo povo diretamente ou por meio de representantes eleitos.

5.6- A mudança do STF. Postura ativista?

A atual Constituição da República depositou nas mãos do Supremo Tribunal Federal brasileiro importantes instrumentos de auto-afirmação democrática e de aproximação entre a justiça e a sociedade brasileira, na medida em que paulatinamente se foi assegurando a aproximação entre a constituição ideal e a constituição real.

Em decisões anteriores do STF prevalecia a estratégia da omissão no julgamento. É o caso de inúmeras ações diretas de inconstitucionalidade pendentes de apreciação, muitas delas sem qualquer pronunciamento liminar ou aguardando há anos por uma decisão final de mérito. Este posicionamento pode muito bem ser interpretado como opção passiva e submissa por políticas situacionais ou pela manutenção do *status quo*, ainda que longe dos princípios adotados na Constituição Federal, da qual o STF é o guardião.

Nos casos em que a Suprema Corte adotou posicionamento expressivo da corrente “minimalista”, vê-se desconcertante contradição: enquanto no “minimalismo” se procura fortalecer o federalismo e o pluralismo democrático, na medida em que se deixa aos próprios atores políticos o máximo possível de matérias a sua própria composição, na atitude omissiva mencionada antes o que se viu foi a excessiva centralização do poder decisório no Poder Executivo em detrimento dos demais canais de manifestação democrática da sociedade.

Atualmente, com o escopo de garantir a efetividade de suas decisões o próprio STF vem, através de sua interpretação, conferindo maior força normativa a seus julgados, instaurando um modo maximalista de decidir, ainda que sem previsão legal.

São exemplos a ação direta de inconstitucionalidade sobre células-tronco; o fenômeno da transcendência dos motivos determinantes e as recentes decisões em sede de mandado de injunção.

Na referida ADI nº 3510, o voto do Ministro Gilmar Mendes é exemplo de motivação pragmática e consequencialista e de interpretação conforme a Constituição através da chamada “decisão manipulativa com efeitos aditivos” – pela qual é possível a modulação de efeitos e a motivação pragmatista, fundada na busca pelas melhores conseqüências particulares e/ou sistêmicas⁸¹.

Para Carlos Henrique Ramos, o STF vem desenvolvendo uma estratégia pragmático-ativista para justificar sua prática e vem implementando uma verdadeira mutação constitucional em nossa ordem jurídica. Nosso modelo constitucional, caracterizado por consagrar um sistema de direitos fundamentais incompleto, condiciona à efetividade de certos remédios constitucionais, acaba por exigir em grande medida papel de protagonista. A ressalva deste autor é que os tribunais não podem se transformar em “profetas do direito” ou no “superego da sociedade órfã”, sem ser uma espécie de poder constituinte permanente⁸².

Em relação às decisões em sede de mandado de injunção, a posição tradicional do Supremo Tribunal Federal referente ao controle de constitucionalidade das leis orienta-se no sentido da não-substituição do legislador, o que inclusive levou ao esvaziamento da eficácia do instrumento do mandado de injunção.

Ao decidir de modo diverso e estender a aplicação da lei de greve relativa ao setor privado aos servidores públicos, o Supremo tomou postura ativa (mandados de injunção nº 670, 708 e 712), o que poderá ser observado também nos casos sobre aviso prévio superior a 30 dias e aposentadoria especial para servidor público. Isso evidenciaria a era da judicialização da

⁸¹ O ministro faz defesa veemente do ativismo judicial e da legitimidade democrática do Poder Judiciário que está legitimado a suprir as deficiências do Poder Legislativo sem que isso importe em violação ao princípio da separação de poderes. Gilmar Mendes afirma que o STF faz “representação argumentativa” da sociedade, diferenciando-se do Poder Legislativo por ter o ônus de argumentar (convencer) e não de formar maiorias, podendo corrigir distorções da atividade legislativa. Para ele o STF seria um espaço democrático, aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na sociedade, já que, antes da tomada de grandes decisões o Tribunal, através de audiências públicas, vem buscando receber todo tipo de argumentação através de entidades, associações, *amicus curiae*, etc.

⁸² *Hermenêutica jurídica e a virada pragmático-ativista na jurisprudência do STF*, p. 55.

política, na qual o Supremo adota uma postura não só integrativa do ordenamento jurídico, mas de desprestígio dos outros poderes, ao exibir sua impotência administrativa caracterizada pelo imobilismo agravado pelo decurso do tempo.

Argumenta-se que a legitimidade da atuação ativa do Supremo frente as iniciativas originariamente pertencentes aos outros poderes decorreria do modo de nomeação de seus membros, escolhidos pelo Presidente da República e chancelados pelo Senado. Tanto o presidente como os senadores, eleitos pelo voto direto e constitucionalmente autorizados a exercerem suas atribuições, contribuem para conferir a necessária legitimidade à atuação do Supremo Tribunal Federal.

Ao partir-se da premissa de que qualquer providência contrária ao disposto no texto constitucional está eivada de ilicitude, a omissão importa em inconstitucionalidade a qual se exige suprimento da forma da lei. Assim, diante do caso concreto, o juiz tem o dever de suprir a lacuna legislativa.

O argumento contrário à atuação do juiz como legislador positivo igualmente poderia ser direcionado à atividade como legislador negativo: em ambas as hipóteses, o juiz interfere no âmbito da atividade legislativa, uma vez que invade área reservada ao legislador. A interferência judicial é maior na invalidação, uma vez que o juiz se sobrepõe a interpretação de outro poder acerca do entendimento constitucional. Enquanto na atuação supletiva não há censura ao legislador, mas apenas efetivação constitucional no julgamento de casos concretos.

Para Leonardo de Carvalho Ribeiro Gonçalves a atuação judicial não deve ser enfocada como uma agressão ao clássico princípio da independência dos poderes constitucionalmente constituídos, mas por um enfoque integrador da atividade estatal promovida em circunstâncias particulares ante a premência da realidade e em vista do atraso indubitável na adoção de políticas públicas voltadas ao atendimento de uma demanda flagrantemente reprimida, como, no caso citado, a regulamentação da greve dos servidores públicos. Tal contexto deve ser visto sob o enfoque da excepcionalidade, sob pena não apenas da usurpação de função, mas muito mais grave, da caracterização do imobilismo

administrativo, o que gera uma perplexidade social nefasta à preservação da democracia, um dos pilares que norteiam a Carta Magna⁸³.

Embora o ativismo judicial seja muitas vezes percebido como uma ameaça à democracia popular, dificilmente se poderia verificar a ocorrência de ativismo judicial fora de um regime democrático, uma vez que um ditador dificilmente iria convidar o Judiciário a compartilhar das decisões políticas, ou mesmo tolerar processos que assegurem a vinculação à lei e ao respeito a direitos individuais.

Por isso, exige-se dos juízes modernos que atuem positivamente no sentido de realizar os direitos fundamentais, com disposição e coragem cívica, enfrentando preconceitos, resistências e abrindo mão do comodismo de se refugiar em uma postura tímida em nome de uma falsa neutralidade.

⁸³ *O mandado de injunção e o ativismo do Supremo Tribunal Federal*, p. 219.

CAPÍTULO VI

6.0- POLÍTICAS PÚBLICAS

6.1- Conceito

O conceito de políticas públicas para Maria Paula Dallari Bucci:

“são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são “metas coletivas conscientes” e, como tais, um problema de direito público em sentido lato”⁸⁴.

Na visão de Maria Paula Dallari Bucci, o terreno das políticas públicas seria o espaço institucional para a explicitação dos “fatores reais de poder”, na expressão de Lassale⁸⁵.

Parafraseando Canotilho, ela diz que o enfoque das políticas públicas destaca o papel da Administração na “determinação e conformação” material das leis e das decisões políticas a serem executadas no nível administrativo⁸⁶. Também a Constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado “livre espaço de conformação”.

A realização das políticas públicas deve dar-se dentro dos parâmetros da legalidade e constitucionalidade, o que implica que passem a ser reconhecidas pelo direito e gerem efeitos jurídicos os atos e também as omissões que constituem cada política pública.

O conceito de políticas públicas para Alessandra Obara Soares da Silva:

“é termo que envolve um conjunto de ações, ou medidas, praticado pelo Estado-Administração, com a finalidade de dar efetividade aos direitos fundamentais e, via de consequência, ao próprio Estado de Direito”⁸⁷.

⁸⁴ *Direito administrativo e políticas públicas*, p. 241.

⁸⁵ *Ibid*, p. 242.

⁸⁶ *Ibid*, p. 248.

⁸⁷ *Inexistência ou ineficiência das políticas públicas e controle judicial*, p. 3.

Maria Paula Dallari Bucci destaca as políticas públicas como processo de definição dos fins da ação pública. Ressalta que as políticas públicas devem ser vistas também “como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito”⁸⁸.

A decisão administrativa final deve ser amplamente informada, do ponto de vista substantivo, levando-se em conta a complexidade dos fatos e dos elementos materiais que comporão os motivos da atividade administrativa.

Não se deve descuidar do fato de que a política pública também deve ser expressão de um processo público, com a participação de todos os interessados, tanto os agentes públicos quanto representantes da sociedade civil.

Apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para sua promoção.

Políticas públicas envolvem a idéia de Estado prestacional. Implicam dever do Estado de concretizar direitos fundamentais, ao passo que os administrados têm o direito de exigir o cumprimento de políticas públicas.

Logo, a implementação eficiente de políticas públicas está intrinsecamente ligada aos direitos fundamentais do ser humano.

Para Nagibe de Melo Jorge Neto, as questões relacionadas ao direcionamento do Estado em busca de desincumbir-se dos seus fins são questões relacionadas à escolha: a) dos objetivos estatais de curto, médio e longo prazos; b) das ações governamentais capazes de atingi-los. As questões políticas dizem, portanto, com a implementação de políticas públicas, sejam elas implementadas através da edição de instrumentos normativos tão-somente, sejam elas implementadas através da edição de ações estatais

⁸⁸ *Direito administrativo e políticas públicas*, p. 264.

propriamente ditas, por intermédio dos serviços públicos ou da intervenção do Estado na economia⁸⁹.

Os principais objetivos estatais não são objeto de escolha por quem quer que seja, uma vez que eles estão insculpidos no artigo 3º da Constituição da República.

O autor supracitado faz o seguinte questionamento: quando e de que maneira o cidadão pode exigir do próprio Estado o estabelecimento de uma política pública, o cumprimento de uma política pública já assumida, ou ainda, a modificação ou a interrupção de políticas públicas contrárias aos objetivos constitucionais ou de ações estatais contrárias às políticas públicas assumidas?

A posição dele é no sentido de que o cidadão tem, portanto, o direito de exigir do poder público, por intermédio do Estado-juiz, que formule uma política pública para que seja implementado um certo direito fundamental. Uma vez concebida a política estatal, o cidadão tem o direito de vê-la implementada em prazo razoável. O Estado-juiz poderia então determinar ao órgão público uma obrigação de fazer consistente na implementação da política pública formulada⁹⁰.

Deve ser levado em conta se a concretização dos direitos fundamentais pelo Estado está sendo efetivada, consideradas as limitações fáticas e jurídicas, em um patamar ótimo. O judiciário não poderá escolher as políticas a serem efetivadas. Isto porque existem limites inerentes à competência constitucional de cada um dos poderes públicos.

Sem olvidarmos da amplitude e importância dos debates travados nas audiências públicas que vem sendo realizadas junto ao Supremo Tribunal Federal, o Judiciário como um todo não tem como promover os mesmos debates que se realizam no Legislativo e dificilmente pode desenvolver estudos técnicos tão amplos quanto os desenvolvidos pelo Executivo, além de não ter acesso à totalidade dos dados de que dispõe o administrador público. O Poder Judiciário se depara com limites técnicos, procedimentais e organizacionais.

⁸⁹ Nagibe de MELO JORGE NETO, *Das questões políticas e da possibilidade do controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*, *passim*.

⁹⁰ *Ibid*, *passim*.

Por isso, a intervenção da jurisdição constitucional depende da reunião de argumentos e elementos suficientes para demonstrar o acerto do resultado que se pretende alcançar. É a chamada “reserva de consistência”, conceito que vem da doutrina e jurisprudência norte-americanas e pode ser sintetizado como a exigência de que o Judiciário apresente argumentos substanciais de que o ato normativo impugnado é incompatível com a Constituição.

Como importantes instrumentos que possibilitam vários legitimados a debater em torno das políticas públicas, de forma capilarizada e democrática, temos a ação civil pública, a ação direta de inconstitucionalidade, a ação popular e a ação de improbidade administrativa.

O Supremo tem relevante papel no controle das políticas públicas, mas sua atuação tem também limites evidentes. É que em sede de controle abstrato de constitucionalidade o STF não determina obrigações de fazer ou não fazer, como bem lembrado por Nagibe de Melo Jorge Neto⁹¹.

Passaremos a comentar esses limites ao controle judicial no próximo tópico.

6.2- Legitimidade do controle judicial das políticas públicas.

Quais os limites?

Como atos administrativos que são, inclusive por constituir dever do Estado-Administração e também do estado-juiz os atos que envolvem políticas públicas são passíveis de controle pelo Poder Judiciário, observados alguns limites.

Alessandra Obara ressalta que as políticas públicas não devem ser confundidas com atos administrativos de competência discricionária, caso assim fosse não haveria grandes possibilidades de controle pelo Poder Judiciário, em observância ao princípio da separação de poderes. Políticas públicas não são atos administrativos de competência discricionária e

⁹¹ *Das questões políticas e da possibilidade do controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário, passim.*

tampouco são atos legislativos de competência vinculada da Administração Pública⁹².

Para outros autores, como Ana Paula de Barcellos, a eleição de políticas públicas para sua implementação consiste em ato administrativo decorrente do exercício de competência discricionária, mas devem ser observados os parâmetros legais impostos pelas leis orçamentárias e, anteriormente, os parâmetros constitucionais – a análise da legitimidade do controle judicial das políticas públicas coincidiria com as hipóteses de legitimidade do controle judicial dos demais atos administrativos “discricionários”.

Barcellos afirma que “é evidente que o Judiciário não tem competência para fixar as políticas públicas de maneira ampla, nem cabe a cada juiz impor sua própria convicção política, quando há várias possíveis e a maioria escolheu uma determinada. Permitir que o Judiciário assumisse tal papel efetivamente representaria o colapso da separação dos poderes e a perigosa concentração de poderes na instância judicial”⁹³.

Além da vinculação específica aos fins prioritários contidos no texto constitucional, a definição das políticas públicas e, conseqüentemente, do destino a ser dado aos recursos públicos, sofre uma limitação jurídica genérica que decorre do próprio Estado republicano.

Tem-se, de um lado, a autonomia e independência do Poder Executivo para elaborar seu orçamento, estabelecer prioridades e decidir a alocação de recursos escassos.

De outro lado, no caso de omissão ou ineficiência, a função do Poder Judiciário não é de permanecer alheio às problemáticas sociais, gerenciadas por políticas públicas, devendo corrigir a prestação dos serviços sociais básicos. O judiciário não pode substituir a discricionariedade do administrador pelo do juiz, mas pode proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração.

Trazemos à baila a posição favorável à intervenção judicial em matéria de políticas públicas do eminente Ministro Celso de Mello, em duas decisões:

⁹² Alessandra OBARA, *Inexistência ou ineficiência das políticas públicas e controle judicial*, p. 2.

⁹³ *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*, p. 256.

Agravo em Recurso Extraordinário nº 410.715-5-SP:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº45:

“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 irredutível 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”.

Outro magistrado, Nagibe de Melo Jorge Neto, também defende ser possível, o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário, desde que preservado o espaço de discricionariedade dos Poderes Legislativo e Executivo, constitucionalmente estabelecidos, o qual diz com a conveniência e oportunidade na escolha dos meios capazes de atingir os fins estatais definidos no texto constitucional. E acrescenta, ainda, que a complexidade da sociedade pós-moderna reclama espaço para o exercício da democracia no âmbito do Poder Judiciário, servindo o processo civil como instrumento de controle das decisões tomadas pelos representantes do povo⁹⁴.

O mesmo autor nos chama a atenção de que o STJ vem adotando postura vanguardista, seja para determinar a inclusão, na lei orçamentária, de verbas capazes de possibilitarem a implementação e execução das políticas públicas, seja determinando a própria execução de políticas públicas já disciplinadas em normas infraconstitucionais.

Sobre os limites existentes para a efetivação das políticas públicas temos a chamada reserva do possível e o direito ao mínimo existencial.

Da primeira decorre a impossibilidade material de realização de uma determinada despesa, por insuficiência de recursos financeiros. Considerando que os recursos públicos são limitados (limitação fática), as escolhas em que o dinheiro público será investido recebem direta influência das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário. Resumindo, as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao

⁹⁴ *Das questões políticas e da possibilidade do controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*, passim.

contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais (limitação jurídica).

Nesta linha de raciocínio:

- a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais;
- as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente;
- as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público;
- os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas;
- logo, a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e dispêndio de recursos públicos.

Deve ser possível aferir-se objetivamente a impossibilidade material de implementação de uma política garantidora de um direito fundamental. Neste sentido:

“Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas” (Min. Celso de Mello, ADPF nº45).

“Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de

incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política” (Min. Celso de Mello, AGRRE 410.715-5-SP).

O segundo limite se refere à parcela mínima de direitos que um Estado deve observar, assegurando, pelo menos, condições materiais mínimas para a existência digna da pessoa humana (mínimo existencial). É o verdadeiro núcleo essencial dos direitos fundamentais, sendo impossível ser suprimido sem que se ofenda frontalmente o ordenamento jurídico. Neste sentido:

“Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – 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” (Min. Celso de Mello, ADPF nº45).

Para caracterizar tais limites imperioso analisar, no caso concreto, a existência ou não de política pública e, caso existente, sua eficiência.

Para Ana Paula de Barcellos a legitimidade do Poder Judiciário no controle de políticas públicas não é obstaculizada pela separação de poderes e pelo princípio majoritário, expondo uma série de argumentos favoráveis em relação à matéria⁹⁵:

- (i) o judiciário foi criado pela própria Constituição do Estado, derivando dela sua autoridade e compondo, juntamente com Executivo e Legislativo, o Poder Político nacional;

⁹⁵ *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 255-256.

(ii) os órgãos de cúpula do Judiciário são formados pela vontade conjunta de Executivo e Legislativo, o que lhes confere considerável grau de representatividade em sua formação;

(iii) aos magistrados é assegurado um conjunto de prerrogativas capazes de proporcionar uma situação de independência;

(iv) no que diz respeito à atividade jurisdicional propriamente dita, vale observar que ela se desenvolve sempre, e em qualquer caso, com fundamento e limite em enunciados normativos – constitucionais ou legais -, fruto de uma manifestação majoritária. Junte-se a isso que o Judiciário tem o dever de prestar contas de suas decisões publicamente, motivando-as explícita, racional e logicamente (o que não acontece com as deliberações puramente políticas);

(v) a decisão judicial, como regra, não veicula uma vontade única e final, já que será revista por órgãos superiores, assegurando oportunidades de correção de eventuais erros;

(vi) o processo jurisdicional é mais participativo do que qualquer outro processo público, uma vez que às partes é assegurado amplo contraditório; e

(vii) os grupos minoritários, ainda que não tenham acesso ao processo político, sempre terão acesso ao Judiciário para a preservação de seus direitos.

A autora defende que seja atribuída eficácia jurídica positiva apenas ao núcleo material da dignidade humana (mínimo existencial), reconhecendo-se legitimidade ao Judiciário para determinar as prestações necessárias a sua satisfação. Para ela o espaço normativo da dignidade que diz respeito ao consenso mínimo, pode ser objeto de amplo controle judicial.

6.3 – Parâmetros do controle judicial

Na visão de Nagibe de Melo Jorge Neto o Poder Judiciário poderá decidir acerca: a) da existência ou não de uma política pública; b) da

compatibilidade da política pública existente com os preceitos constitucionalmente estatuidos – ocasião em que deverá deixar amplo espaço de conformação ao legislador e ao administrador; e finalmente c) acerca da efetiva implementação da política pública estabelecida. Pode, ainda, atuar negativamente determinando a suspensão ou interrupção de políticas que afrontem os princípios constitucionais⁹⁶.

Ana Paula de Barcellos também sustenta o controle jurídico das políticas públicas, o que depende de desenvolver ao menos três temas: i) identificar os parâmetros de controle; ii) garantir acesso à informação e iii) elaborar os instrumentos de controle. Ela explica cada um deles da seguinte forma⁹⁷:

i) Os parâmetros objetivos de controle estão relacionados à quantidade de recursos em termos absolutos ou relativos discriminados pela própria Constituição Federal, por exemplo, arts. 212 e 198, parágrafo 2º.

Também é possível identificar outro parâmetro a partir do texto constitucional, quanto ao resultado final esperado da atuação estatal (a exemplo do ensino público fundamental gratuito).

Como um terceiro parâmetro temos o controle da própria definição das políticas públicas a serem implementadas (como atingir os fins). Trata-se de eliminar hipóteses de ineficiência comprovada, o que é ilegítimo para realizar o fim constitucional.

ii) Garantia de acesso à informação: a) sobre os recursos públicos disponíveis; b) sobre a previsão orçamentária e c) sobre a execução orçamentária.

A autora alerta para o fato de que a sonegação dos dados sobre receitas e despesas públicas inviabiliza os controles jurídico e político e nessa medida poderá exigir soluções jurídicas que assegurem, coativamente, se necessário, o acesso à informação.

iii) Os instrumentos de controle apresentam gradação entre os três grupos de consequências possíveis: punição (crime de responsabilidade; improbidade administrativa; intervenção federal); ineficácia do ato que viola a

⁹⁶ *Das questões políticas e da possibilidade do controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*, passim.

⁹⁷ *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*, p. 142.

regra e possibilidade de, substitutivamente ao agente competente, produzir coativamente o que foi determinado pela Constituição. A última é a que mais interfere no espaço de escolha da instância política.

Considerando que os recursos financeiros não são ilimitados, a autora afirma que “os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que eles sejam realizados. Os recursos remanescentes deverão de ser destinados de acordo com as opções políticas que a deliberação democrática apurar em cada momento”⁹⁸.

6.4- Hipóteses de controle judicial: ausência ou ineficiência da política pública

Na hipótese de inexistência pura e simples de uma política pública determinada, que acarrete cerceamento de direitos (ou, hipótese mais grave, sua aniquilação), o Poder Judiciário não poderá subrogar-se nas prerrogativas do Poder Executivo e implementar a política pública ele mesmo, em respeito ao princípio constitucional da tripartição das funções estatais.

A decisão judicial nesses casos se limitará a determinar que o Poder Executivo adote determinada conduta, com cominação de multa diária por descumprimento da decisão. Caberia, ainda, condenação do Poder Público ao pagamento de indenizações cabíveis pelos danos relacionados diretamente à omissão estatal.

Se se tratar de insuficiência da política pública o controle judicial é mais restrito porque a verificação da adequação das medidas para implementação da política pública confunde-se com o mérito do ato administrativo decorrente de competência discricionária. Na hipótese de evidente inadequação da medida ou evidente ilegalidade é que o Poder Judiciário poderá analisar os atos administrativos que envolvem aquela determinada política.

No entendimento Alessandra Obara Soares da Silva o controle judicial em caso de insuficiência de dada política pública só será possível se houver

⁹⁸ *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*, p. 268.

violação frontal e objetivamente aferível de normas legais ou princípios constitucionais pela própria política pública, o que impede que a Administração seja obrigada a agir contrariamente à política pública por ela implementada, devendo ser apontado o vício na política em si, sob pena de se atribuir tratamento diferenciado a alguns injustificadamente e em violação ao princípio da isonomia.

Sob o mesmo fundamento de não violação ao princípio da isonomia é que Américo Bedê Freire Júnior defende que o Poder Judiciário está legitimado a controlar a insuficiência de uma política pública (omissão parcial), afirmando que “não pode o Estado escolher quem serão os destinatários de políticas públicas, uma vez que elas devem ter uma abrangência global”⁹⁹.

Concluindo, em que pese serem vislumbrados diferentes impasses em matéria de implementação eficaz de políticas públicas, não podemos descuidar do fato de que a omissão do Poder Público, no estabelecimento e implementação das políticas públicas, em detrimento da efetivação dos direitos sociais, em desobediência à Constituição da República não pode ser justificada, equivocadamente, como uma questão de discricionariedade administrativa, frente à escassez de recursos (alegada e não comprovada).

Sempre que forem demandados direitos básicos e essenciais para a dignidade da pessoa humana e para o exercício da cidadania não se está no campo da opção e sim no da vinculação. Verifica-se a justiciabilidade dessas mesmas políticas, isto é, a possibilidade de exigir o seu cumprimento em juízo.

A legitimidade democrática do juiz é constitucional, não política, evidentemente. Deriva do caráter democrático de nossa Constituição Federal e está amparada na garantia dos direitos fundamentais.

⁹⁹ *O controle judicial de políticas públicas*, p. 83.

CAPÍTULO VII

7.0- ANÁLISE DE CASO SOBRE O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

7.1- Considerações iniciais

Tendo em vista tudo o que se expôs ao longo desta monografia mostra-se bastante útil e ilustrativo analisar em concreto qual a postura do Poder Judiciário ao ser provocado sobre a efetivação de um direito social de enorme relevância, como o direito à saúde.

Diante de milhares de pedidos de gratuidade de medicamentos, próteses, tratamentos de saúde, criação de vagas em UTI's, etc., dirigidos ao Poder Judiciário tem-se verificado as mais variadas soluções dadas por juízes e tribunais.

Proliferam decisões extravagantes ou emocionais, determinando à Administração custear tratamentos irrazoáveis, bem como medicamentos experimentais, cuja eficácia ainda não foi comprovada, associados a terapias alternativas.

Não existe critério firme para determinar qual ente da federação é responsável pela entrega de cada tipo de medicamento – assim os processos terminam por acarretar superposição de esforços e de defesas, o que configura um risco à própria continuidade das políticas públicas, por desorganizar a atividade administrativa e impedir a alocação racional dos escassos recursos públicos.

Preocupa-nos que em muitos casos tem-se a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua a depender das políticas universais implementadas pelo Poder Executivo.

O controle jurisdicional em matéria de entrega de medicamentos deve ter por fundamento uma norma jurídica, fruto da deliberação democrática. Se uma política pública ou qualquer decisão nessa matéria é determinada de forma específica pela Constituição ou por leis válidas, a ação administrativa correspondente poderá ser objeto de controle jurisdicional como parte do natural ofício do magistrado de aplicar a lei. Também será legítima a utilização

de fundamentos morais e técnicos, quando seja possível formular um juízo de certo/errado em face das decisões dos poderes públicos.

São motivos justificadores da intervenção do Poder Judiciário as hipóteses de omissão dos Poderes Públicos ou de ação que contravenha a Constituição, ou, ainda, de não atendimento do mínimo existencial.

Onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ser pautada pela autocontenção.

7.2 – Críticas à judicialização excessiva

A primeira e mais freqüente crítica oposta à jurisprudência brasileira era o fato de encarar a norma constitucional como norma programática. O art. 196 da Constituição Federal de 1988 exige políticas sociais e econômicas e não decisões judiciais¹⁰⁰.

O fato de conceber o problema como mera interpretação de preceitos da Constituição e de atribuir-se ou não ao Judiciário a prerrogativa de aplicar de maneira direta e imediata o preceito que positiva o direito à saúde configura um problema de desenho institucional.

O Executivo teria sido eleito pelo Constituinte Originário como o encarregado de determinar que o direito à saúde fosse garantido através de políticas sociais econômicas. Esse poder tem a visão global dos recursos disponíveis e das necessidades a serem supridas. As decisões judiciais que determinam a entrega gratuita de medicamentos pelo Poder Público levariam, portanto, à alteração do arranjo institucional concebido pela Constituição de 1988.

¹⁰⁰ O relator do RE nº 267.612-RS, Ministro Celso de Mello, em hipótese versando sobre o fornecimento de medicamentos para o tratamento da AIDS, consignou que "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 que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar..."

Sobre a questão de legitimidade democrática do Poder Judiciário, muitos sustentam a impropriedade de se retirar dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos.

Como objeções às decisões judiciais em matéria de medicamentos argumenta-se que estas provocam a desorganização da Administração Pública ao se imiscuir na política pública da Administração destinada ao atendimento da população em geral. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.

A par desta, outra crítica, de ordem financeira, a qual decorre da tese da reserva do possível, que argumenta a insuficiência dos recursos públicos para atender às necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis.

Rejeitando em parte a tese da reserva do possível, Ana Paula de Barcellos defende que “a existência de parâmetros para um conteúdo concreto do mínimo existencial, que já tenham considerado em sua formulação as limitações financeiras estatais de determinado momento histórico, dispensa a autoridade judiciária, em tais casos, de discutir o argumento da reserva do possível. De forma simples, o que se faz é trabalhar com a presunção de que o Poder Público dispõe de recursos para atender ao menos as necessidades que compõem esse mínimo existencial, e que constituem a prioridade de investimento dos recursos públicos”¹⁰¹.

Nesta linha de raciocínio, são feitas críticas à jurisprudência na concessão de medicamentos, que se apoiaria numa abordagem individualista dos problemas sociais, quando uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser concebida como política social, sempre orientada pela avaliação de custos e benefícios.

As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais, ao passo que privilegiar aqueles que têm acesso qualificado à Justiça mais serviria à classe média que aos pobres.

¹⁰¹ *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 273-274.

Outra crítica feita é de natureza técnica e se apóia na percepção de que o Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde, mesmo que instruído por laudos técnicos, pois o juiz observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, enquanto o gerenciamento macro é mais afeto à Administração Pública.

7.3 – Parâmetros propostos para o fornecimento de medicamentos

Aqui trazemos à baila os parâmetros propostos por Luís Roberto Barroso, cujo trabalho já se debruçou detidamente sobre o assunto fornecimento de medicamentos¹⁰², comparando-o com os parâmetros propostos pelo presidente do Supremo Tribunal Federal Ministro Gilmar Mendes na suspensão de tutela antecipada nº 244, em decisão monocrática recente sobre a matéria¹⁰³:

Para Barroso, no âmbito de ações individuais, a atuação jurisdicional deve ater-se a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos por presumir-se que o Legislativo e o Executivo, ao elaborarem as listas referidas, avaliaram, em primeiro lugar, as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis, a partir da visão global que detém tais fenômenos. E, além disso, avaliaram também os aspectos técnico-médicos envolvidos na eficácia e emprego dos medicamentos.

Ele entende que havendo uma política nacional de distribuição gratuita, a decisão que obriga a fornecer qualquer espécie de substância fere a independência entre os poderes e não atende a critérios técnico-científicos. A princípio, não poderia haver interferência casuística do Judiciário na distribuição de medicamentos que estejam fora da lista.

Este também é o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, assim esposado na decisão em foco: “obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem

¹⁰² *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 29-35

¹⁰³ Outras decisões do ministro em STA nº 178 e 175.

administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente”.

O ministro apresenta o seguinte parâmetro: “se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal a sua dispensação”. Saliencia ainda que “há casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão”.

Contudo, no caso em apreço, apesar de o medicamento pleiteado não constar das listas do Sistema Único de Saúde, o próprio ministro decidiu manter seu fornecimento, sob o argumento de que o SUS não possui tratamento alternativo específico para a doença Mucopolissacaridose (apresentada pelo paciente) e que “o Estado do Paraná não comprovou a impropriedade do fármaco, limitando-se a inferir a inexistência de Protocolo Clínico do SUS”.

Em relação à possibilidade de contestação das listas de medicamentos, Luís Roberto Barroso defende que elas podem ser objeto de contestação no âmbito de ações coletivas. Para ele o Judiciário poderá vir a rever a lista elaborada por determinado ente federativo para, verificando grave desvio na avaliação dos Poderes Públicos, determinar a inclusão de determinado medicamento (no âmbito das ações coletivas ou mesmo por meio das ações abstratas de controle de constitucionalidade, nas quais venha a discutir a validade de alocações orçamentárias). A decisão nessas ações produzirá efeitos *erga omnes*, preservando a igualdade e universalidade no atendimento da população¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, p. 31-33.

Também para o Ministro Gilmar Mendes “há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos. Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial”, além de ser necessário verificar a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS.

Luís Roberto Barroso propõe ainda parâmetros complementares¹⁰⁵:

a) O Judiciário só pode determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e alternativos. Defende que o Judiciário se pautar pela comprovada eficácia das substâncias e não com opiniões médicas minoritárias ou em casos isolados de eficácia do tratamento.

Não foi o que ocorreu no caso em tela, no qual o ministro concordou em deferir um tratamento experimental, sem informações completas sobre o medicamento, que teria sido autorizado em “circunstâncias excepcionais”.

b) O judiciário deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil, de modo a harmonizar a garantia do direito à saúde com o princípio constitucional do acesso universal e igualitário.

Também não foi esse o entendimento do Ministro, que no caso em apreço deferiu o fornecimento do medicamento, mesmo reconhecendo que “à época da interposição da ação pelo Ministério Público Federal, o medicamento Naglazyme ainda não se encontrava registrado na ANVISA e ademais, não consta dos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS, sendo medicamento de alto custo não contemplado pela Política Farmacêutica da rede pública”.

c) O Judiciário deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo.

Não prevaleceu este entendimento no caso, pois o Ministro avaliou que “o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento¹⁰⁶, visto que a Política de Dispensação de Medicamentos

¹⁰⁵ Ibid, p. 33-35.

¹⁰⁶ Nos dizeres de Ingo Sarlet “nossa ordem constitucional (acertadamente, diga-se de passagem) veda expressamente a pena de morte, a tortura e a imposição de penas desumanas e degradantes mesmo aos condenados por crime hediondo, razão pela qual não se poderá sustentar - pena de ofensa aos mais elementares requisitos da

excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis”. Ele rechaçou o argumento do Estado do Paraná de que “gasta, em razão de decisões judiciais, mais de treze milhões de reais e que só com o autor gastará 18.000,00 mil dólares por mês, sem que haja a respectiva fonte de custeio”.

d) O judiciário deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida.

No caso concreto o Ministro demonstrou preocupação com a vida do paciente e assim consignou: “verifico que a suspensão da decisão representa *periculum in mora* inverso, podendo a falta do medicamento solicitado resultar em graves e irreparáveis danos à saúde e à vida do paciente”.

Os parâmetros trazidos acima servem para ilustrar as divergências e diferentes ideologias (de boa-fé) existentes em matéria de controle judicial de políticas públicas, especialmente no que se refere ao direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos pelo Poder Público. Tanto uma quanto outra opinião emitem argumentos fortes e critérios pautados pela razoabilidade.

Em que pesem as dificuldades encontradas, este assunto tão relevante e delicado continuará fomentando debates e reflexão e demanda esforços dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário na busca de uma padronização das decisões e racionalização dos recursos públicos, tudo para que a população seja melhor respaldada quanto ao seu direito fundamental à saúde e em reforço à melhor concretização possível dos direitos constitucionais.

razoabilidade e do próprio senso de justiça - que, com base numa alegada (e mesmo comprovada) insuficiência de recursos - se acabe virtualmente condenando à morte a pessoa cujo único crime foi o de ser vítima de um dano à saúde e não ter condições de arcar com o custo do tratamento”¹⁰⁶.

CONCLUSÃO

Ao iniciarmos o trabalho tratando da nova hermenêutica constitucional, das normas de textura aberta e dos princípios e conceitos jurídicos indeterminados presentes na Constituição Federal de 1988, observamos que não há neutralidade na interpretação, logo, também não há juiz neutro.

É inelutável o fato de que os juízes exercem uma liberdade de escolha em suas decisões, ao interpretarem a Constituição, em um processo de preenchimento do significado e alcance das normas constitucionais e reconhecimento de sua força normativa.

O novo constitucionalismo admite uma concepção evolutiva das normas constitucionais segundo o avançar do tempo e do pensamento político e mesmo a existência de direitos não enumerados.

A par disso, afirmou-se que inúmeras matérias foram constitucionalizadas, uma vez que a Constituição Federal de 1988 regulamentou pormenorizadamente um amplo campo das relações sociais, econômicas e públicas, o que conduziu a uma intensa judicialização da política e dessas relações sociais.

Vimos, por sua vez, que os principais componentes que estão presentes no conceito de judicialização da política podem ser assim expostos: i) a presença de um novo ativismo judicial, com o surgimento de novas questões aptas a serem dirimidas pelos juízes e tribunais; ii) o interesse dos políticos e administradores em adotar: a) métodos e procedimentos típicos do processo judicial; b) parâmetros jurisprudenciais – ditados pelo Judiciário nas suas deliberações.

Abordou-se a nova formulação da separação de poderes e a valorização do Judiciário em detrimento das instituições políticas inoperantes e ineficientes perante os anseios do povo.

Mas a judicialização não ocorre apenas quando juízes apresentam uma postura política ou ideológica contrária àquela predominante nas instituições majoritárias, opondo-se às políticas por elas adotadas, mas também implica buscar soluções judiciais para conflitos políticos. A judicialização é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não

um exercício deliberado de vontade política. O Poder Judiciário decide porque era o que lhe incumbia fazer, sem alternativa.

De outro lado, quanto aos juízes ativistas, verificou-se que existem diversos conceitos na doutrina, até antagônicos, mas em geral os ativistas são entendidos como os juízes que têm visão progressista e que buscam transformar a realidade social por meio de uma interpretação que visa dar maior efetividade aos direitos e garantias fundamentais, expandindo o seu alcance. Também podem ser entendidos como aqueles que buscam a consagração dos valores essenciais em vigor. Normalmente o ativismo se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo distanciamento entre a classe política e a sociedade civil.

O ativismo judicial concilia (com apoio recíproco) o constitucionalismo, que significa poder limitado e proteção/promoção de direitos fundamentais e a democracia, que significa soberania popular e governo exercido pelo povo diretamente ou por meio de representantes eleitos e, simultaneamente, aprimoramento do regime democrático.

Sobre as políticas públicas, tratou-se da noção de políticas públicas como elementos que buscam atender objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados e concentram-se em três aspectos: a) busca por metas, objetivos ou afins; b) utilização de meios ou instrumentos legais e c) temporalidade, ou seja, prolongamento no tempo.

Tratou-se da existência de parâmetros objetivos para implementação de políticas públicas ou para a eleição de uma política em detrimento de outra, o que permite concluir pela legitimidade do Poder Judiciário para controle desta atividade tipicamente atribuída ao Poder Executivo (e Legislativo, como sancionador ao apreciar as leis orçamentárias). Ao lado disso, a própria existência da cláusula da reserva do possível e da teoria do mínimo existencial autorizam e garantem o controle judicial das políticas públicas na visão de autores citados, dentre eles Ana Paula de Barcellos e Alessandra Obara Soares da Silva.

Tais orientações deixam para trás a prática confortável até então desempenhada pelo Poder Judiciário, meramente adjudicatória, impondo-se

um exercício permanente e árduo de concretude material e substancial de direitos fundamentais, especialmente os sociais como o direito à saúde. Frente o aumento da opressão sócio-econômica e a elevação dos níveis de desigualdade fática, o reconhecimento e efetivação dos direitos sociais, ainda que em patamar mínimo, voltado à manutenção de um nível existencial digno, transformam-se em meta indispensável em um Estado Democrático de Direito, calcado na dignidade da pessoa humana.

É por esta razão que analisamos, ao final, a participação ativa do Poder Judiciário sobre o caso do fornecimento de medicamentos, especialmente do Supremo Tribunal Federal, pois este vem reiteradamente deferindo o fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado e ele próprio propõe critérios para balizar as decisões judiciais sobre a matéria, a exemplo da decisão monocrática em Suspensão de Tutela Antecipada analisada. Tal postura reflete um caráter acentuadamente social e político, de forma que o Poder Judiciário possa assegurar existência digna e justiça social a todos.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, tradução Virgílio Afonso da Silva, Malheiros, São Paulo, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>. Acesso em: 10 nov 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em: 28 out 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 28 out 2009.

BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional. ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3ª ed. rev., Renovar, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*. ALCEU, v.5, n. 9, p. 105-113, jul/dez/2004. http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu_n9_cittadino.pdf. Acesso em: 16 out 2009.

DANTAS, Frederico Wildson da Silva. O papel do juiz na sociedade contemporânea: uma reflexão sobre o ativismo judicial no Brasil. *Revista da Seção Judiciária de Alagoas* – Maceió, v. 3 n. 3, 2008, p. 139-155.

DINIZ, Hirminia Dorigan de Matos. *A judicialização das políticas públicas como garantia da efetividade do direito à educação infantil*. Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação - perspectivas e desafios contemporâneos. Piovesan, Flavia (Coord.). Curitiba: Juruá, 2008, p.627-642.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FARIA, José Eduardo. O Supremo e a judicialização da política. SINOPSE: fatos e notas - n. 1903. *O Estado de São Paulo*, 08.11.1999, p. 02.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: RT, 2005.

GONÇALVES, Leonardo de Carvalho Ribeiro. O mandado de injunção e o ativismo do Supremo Tribunal Federal. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro* - n. 23 out. 2008, p. 211-222.

GRUPOS DE ESTUDOS A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A DEMOCRACIA. Da vontade do legislador ao ativismo judicial: os impasses da jurisdição constitucional. *Revista de Informação Legislativa* - v. 40 n. 160 out-dez 2003, p. 223-244.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 5ª ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *Das questões políticas e da possibilidade do controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. <http://maranhensidadejuridica.blogspot.com/2007/08/nagibe-de-melo-jorge-neto-das-questes.html>. Acesso em: 16 out 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5ª ed. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2007.

LOEWENSTEIN, Karl. La función política del tribunal supremo de los Estados Unidos: comentario en torno al caso Baker v. Carr. *Estudios y Notas*, p. 05-39.

MACIEL, Débora Alves e KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, nº 57, 2002, p. 113-133.

MAUÉS, Antonio G. Moreira. Dimensões da judicialização da política no Brasil : as ADIns dos partidos políticos. *Revista de Informação Legislativa* - v. 41 n. 163 jul-set 2004, p. 31-50.

MELLO FILHO, Jose Celso de. *O Supremo Tribunal Federal e a defesa das liberdades públicas sob a constituição de 1988: alguns tópicos relevantes*. Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil. Moraes, Alexandre de (Coord.). São Paulo: Atlas, 2009, p.521-560.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. A Constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil. *Revista de Informação Legislativa* - v. 45 n. 178 abr./ jun. 2008. Brasília: Senado Federal, 2008, p. 157-179.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira A judicialização da política no Brasil. *Revista de Direito e Política* - v. 4 n. 13 abr./jun. 2007, p. 67-70.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política? *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 48, n. 3, 2005, p.559-587.

RAMOS, Carlos Henrique. Hermenêutica jurídica e a virada pragmático-ativista na jurisprudência do STF. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 97, mar. 2009, p. 41-58.

RAMOS, Dirceo Torrecillas. Politização do judiciário e a judicialização da política: a reforma do judiciário - questão de estrutura ou de processo? O acesso a justiça - a municipalização da justiça. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* - v. 8 n. 33 out./ dez. 2000, p. 68-78.

SANTOS, Boaventura de Souza Santos. A contrarrevolução jurídica. *Folha de São Paulo*, 4.12.2009, Tendências/Debates, caderno principal, p. A3.

SANTOS, Tiago Neiva. Ativismo judicial: uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional. *Revista de Informação Legislativa* - v. 44 n. 173 jan./ mar. 2007, p. 271-284.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica,

v. 1, nº. 1, 2001. http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf. Acesso em: 28 out 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf. Acesso em: 28 out 2009.

SCALCO, Pedro. Jurisdição constitucional e democracia na Constituição brasileira: entre o ativismo e a autocontenção. *Revista dos Tribunais* - v. 98 n. 880 fev. 2009, p. 78-93.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. São Paulo: Cortez, 2006.

SILVA, Alessandra Obara Soares da. Inexistência ou Ineficiência das Políticas Públicas e Controle Judicial. *Revista eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*.

SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *A interpretação Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2007.

SUANNES, Adauto. Judicialização da política e politização da justiça. *Boletim IBCCrim* - v. 11 n. 128 jul. 2003, p. 3-4.

TAVARES, André Ramos. Justiça constitucional e suas fundamentais funções. *Brasília a. 43 n. 171 jul./set. 2006*. http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_171/R171-02.pdf. Acesso em: 28 out 2009.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de. Supremo Tribunal Federal: contencionismo ou ativismo judicial. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região* - v. 37 n. 67 jan-jun 2003, p. 77-115.

VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck et alii. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, José Ribas. O efeito vinculante como ferramenta do ativismo judicial do STF. *Revista de Informação Legislativa* - v. 45 n. 178 abr./ jun. 2008. Brasília. Senado Federal, 2008, p. 131-139.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, 4(2) jul.-dez. 2008, p. 441-464. http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/RD-08_6_441_464_Supremocracia_Oscar%20Vilhena%20Vieira.pdf. Acesso em: 30 nov 2009.

VIEIRA, Renato Stanzola. *Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.