

ATIVISMO JUDICIAL:

Análise sob a ótica do controle de políticas públicas

Natália Nardelli Emmerich Ribeiro¹

RESUMO

O ativismo judicial constitui tema de grande debate no cenário jurídico brasileiro. O papel exercido pelo magistrado foi modificado ao longo dos tempos e, atualmente, vem tomando contornos ousados. O presente artigo demonstra inicialmente esta evolução do papel juiz no decorrer da história, apresenta alguns conceitos e questionamentos acerca do ativismo judicial e apresenta, a título de ilustração, dois acórdãos proferidos pelo Poder Judiciário brasileiro, os quais contêm elementos abordados neste estudo.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Políticas Públicas; Limites.

ABSTRACT

Judicial activism is a topic of great debate in the Brazilian legal scenario. The role played by the magistrate has been modified over time and is currently taking bold contours. This article first demonstrates this changing role of the judge throughout history, then it introduces some concepts and questions about judicial activism and finally it presents, by way of illustration, two judgments delivered by Brazilian courts, which contain elements addressed in this study.

Keywords: Judicial Activism; Public Policy; Limits.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal- STF, tem se destacado no cenário institucional brasileiro, desempenhando postura ativa, o que se percebe a partir da promulgação da Constituição de 1988.

Questões de grande repercussão no cenário político foram decididas pela Suprema Corte, gerando forte debate quanto aos limites de atuação do Judiciário. A título de

¹ Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Unisal-Lorena

exemplificação pode-se destacar a declaração de constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3.510/DF), vedação ao nepotismo aos três poderes², dentre outros.

A ordem constitucional brasileira caracteriza-se pelo cunho marcadamente compromissário, conferindo à dignidade da pessoa humana status de fundamento de nosso Estado democrático.³ Luís Roberto Barroso defende que a Dogmática Constitucional se assenta num pós positivismo, “no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais”. (BARROSO, 2013, p. 35)

Indubitável é o fato de que o reconhecimento ou simples previsão legal dos direitos fundamentais não é suficiente; a efetividade desses direitos, pois, é essencial. Tanto o Poder Judiciário quanto o Ministério Público tem atuação fundamental neste processo, forçando o Estado ou terceiros ao cumprimento de decisões judiciais, garantindo a efetividade dos direitos em comento.

Tais decisões, por vezes, adentram a esfera administrativa, o que pode forçar o remanejamento de verbas destinadas a programas de serviços públicos, levando à discussão acerca do mérito administrativo. Assim, relevante é o debate acerca da função exercida pelo Poder Judiciário e por cada Poder Estatal e, conseqüentemente, os limites estabelecidos e as medidas de controle exercidas um sobre o outro.

CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

Sabe-se que o absolutismo defendia a concentração de todo o Poder do Estado nas mãos do Rei, uma só pessoa com absolutos poderes⁴, inclusive o jurisdicional. Este, por sua vez,

²ADC 12, Rel. Min. Carlos Britto. Declarou-se a constitucionalidade da Resolução 7/2005 do CNJ, que proíbe a nomeação de parentes de membros do Poder Judiciário para cargos em comissão e funções gratificadas

³Ingo Salet afirma que “a nossa Constituição pode ser considerada como sendo uma Constituição da pessoa humana, por excelência, ainda que não raras vezes este dado venha ser virtualmente desconsiderado”. in SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2012. p. 92

⁴BOBBIO, Norberto **Estado, Governo, Sociedade:** para uma teoria geral da política. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra. 2011. p. 115. "Por concentração entende-se aquele processo pelo qual os poderes através dos quais se exerce a soberania – o poder de ditar leis válidas para toda a coletividade (...), o poder jurisdicional, o poder de usar a força no interior e exterior com exclusividade, enfim o poder de impor tributos – são atribuídos de direito ao soberano pelos legistas e exercidos de fato pelo rei e pelos funcionários dele diretamente dependentes”.

era exercido diretamente pelo monarca ou delegado a sujeitos sempre pertencentes à nobreza e/ou clero, de forma a manifestar e perpetuar seus interesses.

Nesse contexto, permanece a estrutura hierárquica entre soberanos e súditos. Aos soberanos eram conferidos poderes, prerrogativas e privilégios, sem a delimitação de limites ou deveres exigíveis pelos súditos, que por sua vez, não eram sujeitos de direitos, mas somente de deveres e responsabilidades perante o Rei, sob pena de violação da “razão de Estado” e cometimento de crime de “lesa-majestade”. (NEVES, 2009, p. 18-20)

Entretanto, em razão da forte e também arbitrária intervenção na atividade econômica, tornou-se necessária a separação da coisa pública e privada, objetivando o desenvolvimento mercantil, inserido numa sociedade com regras a serem observadas por todos, inclusive pelo Poder Público. Segundo lição de Marcelo Neves:

a insuportabilidade institucional da oposição, em uma sociedade que já alcançara um elevado grau de complexidade e, pois, já envolvia uma variedade de cosmovisões, levou forçosamente à ideia de revolução e aos movimentos revolucionários. Nesse sentido, o próprio constitucionalismo pressupôs revolução. (NEVES, 2009, p. 18-20)

Com a superação do Absolutismo pelas revoluções liberais, o Estado liberal surge como consequência lógica da separação da ideia de público e privado, todavia, certos atributos do Estado absolutista teriam que ser mantidos, como a soberania estatal. Assim, com o fim de coibir os desmandos da atuação estatal, surge o princípio da legalidade, “como forma criada pela burguesia, de substituir o absolutismo do regime de posto”. (MARINONI, 2010, p. 25)

Diante da abolição do poder absoluto monárquico, surge a necessidade de distribuir o Poder Estatal em suas várias formas, nascendo então a tripartição dos Poderes Estatais, objetivando a dissolução do poder absolutista e eficiência das funções estatais. Observe o ensinamento de Montesquieu:

A proposta da separação dos poderes tinha duas bases fundamentais, inicialmente à proteção da liberdade individual e de outro lado aumentar a eficiência do Estado, haja vista uma melhor divisão de atribuições e competências tornando cada órgão especializado em determinada função. Todo este ideal que fora resistido de início teve como objetivo à época diminuir o absolutismo dos governos. (MONTESQUIEU, 2002)

Dessa forma, com o surgimento da função jurisdicional, somente o Juiz poderia dizer o direito, na medida em que decorre diretamente do Poder Estatal. Entretanto, dizer o direito constituía função extremamente limitada, declarativa da lei, exercida de forma puramente intelectual, sem produzir direitos novos. Limitava-se não só pela legislação como também pela atividade executiva, externa ao poder jurisdicional e responsável por executar materialmente as decisões judiciais.

O positivismo jurídico implicava a noção de lei genérica e abstrata, o que só poderia ser aplicado numa sociedade homogênea. Dessa forma, era certo que tal sistema seria suficiente por pouco tempo, porquanto a populaçãourgia por representação de todas as classes sociais, muito além da sociedade burguesa, a qual comandou a instituição do Estado Liberal. Além disso, transforma-se a noção de que o Direito teria como fonte exclusiva no Estado, conforme nos ensina Marinoni:

Perceba-se que, quando se afirma que a lei é fruto do pluralismo das forças sociais e, muitas vezes, da coalizão dessas forças, não se nega que sua fonte de produção seja o Estado, mas quando se desloca a perspectiva do pluralismo de formação da lei para pluralismo de fonte, evidencia-se que o direito não tem mais apenas origem no poder estatal. (MARINONI, 2010, p. 27)

Ademais, a nova concepção de constitucionalismo promove a reaproximação da ética e do direito, transformando valores comuns a toda sociedade em princípios jurídicos, como a liberdade e igualdade, as quais sofreram nítida evolução com o decorrer dos anos.⁵ O movimento constitucionalista pode ser demonstrado, inclusive, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Constituinte Francesa, onde foi estabelecido que “toda sociedade em que não esteja assegurada a separação dos poderes, nem os direitos e garantias individuais, não tem Constituição”. (NEVES, 2009, p. 60)

Eis que emerge uma nova forma de pensar o direito, as leis e a sua formação, ultrapassando as características de abstratividade e generalidade na norma. Desta forma, o princípio da legalidade deixa seus contornos liberais, no sentido de que se resumia exclusivamente à legitimidade do poder que emanava.

⁵BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. “O pós positivismo não surge com o ímpeto de desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade”. p. 3

Nota-se, portanto, a mudança no paradigma da jurisdição e o seu papel na sociedade. Aplicar o direito já não se perfaz na simples adequação do fato à lei, mas a compreendendo em consonância com os princípios constitucionais, os direitos fundamentais e as peculiaridades do caso concreto.

As leis já não são plenas, mas passíveis de controle, principalmente no que tange à Constituição Federal e os princípios nela contidos. Nesse sentido, vale colacionar um breve trecho das lições de Barroso:

A distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, em que as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. (BARROSO, 2009, p. 328.)

Trata-se de nítida transformação do papel do jurista, deixando de ser um simples reprodutor do texto da lei, para ocupar um papel ativo na solução dos conflitos, interpretando a norma, considerando o caso concreto e integrando o direito. Trata-se, principalmente, da ponderação dos interesses, lançando mão da proporcionalidade, dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Tal transformação do papel do magistrado pode levar ao que se chama de Ativismo Judicial, o qual pode ser definido por Elival da Silva Ramos como:

Exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflito de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). (RAMOS, 2013, p.308)

PROBLEMATIZAÇÕES ACERCA DE ATIVISMO JUDICIAL

Após longo período ditatorial no Brasil, a Constituição de 1988 marcou a redemocratização do país. O Constituinte fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, atribuindo a missão de guarda da Carta Constitucional e conferindo garantias aos Magistrados. Luís Roberto Barroso leciona que o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de

informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. (BARROSO, 2008)

Considerando o regime autoritário que se encerrara, com a promulgação da nova Carta, pretendeu-se garantir diversas matérias, grande parte de cunho social, que normalmente ficariam a cargo do legislador ordinário. E, considerada a previsão constitucional, qualquer questão, ainda que de simples prestação estatal, passa a ter status de garantia constitucional e, conseqüentemente, de pretensão jurídica pleiteável por meio de ação judicial. Para Barroso, “como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito”. Para Venice Regina Lirio do Valle, “temas que sequer mereciam tratamento legislativo, hoje se encontram consagrados no texto constitucional, abrindo espaço para a judicialização em sentido amplo e para exercício da jurisdição constitucional”. (VALLE, 2012, p. 36)

Outro grande fator a ser ressaltado é o fortalecimento do Ministério Público, ao qual se entregou a tutela da ordem democrática e dos interesses públicos, conferindo-lhe o status de Instituição Essencial à Administração da Justiça, nos termos do art. 127 da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

Há que se destacar que, quando o Ministério Público atua, atua o próprio Estado (LIMA, 2007, p. 79), seja na qualidade de *custos legis* ou de detentor da pretensão punitiva na jurisdição criminal, seja promovendo a ação civil pública, a qual constitui instrumento de extrema relevância para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos, e individuais indisponíveis e homogêneos⁶.

Outro fator a ser analisado é a competência da jurisdição constitucional, que, no Brasil, é exercida por todos os juízes e tribunais, compreendendo tanto a aplicação direta de suas normas, como a atividade de controle de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público em geral de forma abstrata.

⁶Conceito atribuído pelo artigo 25, IV, alínea “a” da Lei nº 8.625/1993, que instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é derivado da matriz americana e européia, as quais, unidas, contribuem para admissão de numerosas ações diretas e, consequente judicialização da política no país. É o que leciona Luís Roberto Barroso:

[...] o modelo de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz européia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. [...] Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. Nesse contexto, a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho constitucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via judicial adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. (BARROSO, 2013)

Nesse sentido, o próprio sistema constitucional favorece a prática ativista, na medida em que autoriza a provocação do Judiciário em se manifestar acerca de matérias diversas, já que se trata de exercício de sua competência. É neste ponto que se situa o cerne da questão, já que, nas lições de Barroso, “o modo como venha a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial”. Ademais, diante da inércia do Poder Legislativo, o judiciário vem decidindo acerca de questões que deveriam ter sido objeto de processo legislativo, como no caso da greve no serviço público, do nepotismo e da interrupção da gestação de feto anencéfalo. Nesse sentido, o Supremo, no intuito de suprir omissões legislativas, acaba por inovar o Direito, prolatando decisões de caráter normativo geral.⁷

Tal posicionamento é demonstrado no voto do Ministro Gilmar Mendes da ADI 1.351/DF:

[...] é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais européias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais asseguradas pelo texto constitucional. (VALLE, 2012, p. 36)

⁷Para Barroso, o Judiciário está atendendo demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo Parlamento, exibindo dificuldades enfrentadas pelo Legislativo, o que leva, dentre outras razões, a justificar a necessidade de reforma política no Brasil. In BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez22/judicializacao_ativismo-legitimidade-demo-cratca. Acesso em 22 dez., 2008.

Esta atuação proativa do STF e do Poder Judiciário em geral denota uma persistente crise de representatividade e legitimidade do Legislativo, o que é extremamente preocupante, na medida em que a atuação do Congresso investido de credibilidade é fundamental ao equilíbrio de um Estado Democrático de Direito.

Ressalte-se, ainda, que os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo. Entretanto, exercem a função de invalidação de atos praticados pelos Poderes Executivos e Legislativos, estes, sim, devidamente escolhidos pelos cidadãos nacionais. Para Barroso, trata-se da dificuldade contra majoritária:

A possibilidade de um órgão não eletivo como Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como dificuldade contra majoritária. (BARROSO, 2012)

Ressalte-se, contudo, que tal possibilidade é fundamentada pela própria Constituição, que, em seu art. 93, I, determina que a investidura na carreira da Magistratura será por meio de concurso público e, em seus art. 102 e 104, estabelece a competência do STF e STJ, incluindo a revisão e invalidação de atos do poder Executivo e Legislativo.

Em contrapartida, os magistrados, em suas decisões, aplicam a constituição e as leis, dando concretude à vontade política tomada pelo constituinte e pelo legislador, devidamente eleitos pelo povo. É a lógica da separação dos poderes, que para Barroso, “deve ser aceita com temperamentos, tendo em vista que os juízes e tribunais não realizam uma atividade puramente mecânica”. (BARROSO, 2012)

Venice do Valle defende que o ativismo jurisdicional⁸ privilegia a Corte como parte de uma complexa equação de poder em detrimento do perfil ideológico e técnico jurídico da Constituição:

O Supremo Tribunal Federal, mediante uma postura ativista, vem redefinindo os limites de sua própria competência jurisdicional, alcançando áreas e temas que talvez não se contivessem no traçado original da Constituição, alterando, assim, seu próprio peso no concerto político da relação entre os poderes. (VALLE, 2012, p. 36)

⁸A autora utiliza o termo “ativismo jurisdicional” como conceito que tangencia aquele mais amplo de judicialização da política

No entanto Marshall apud Valle traz uma abordagem diferenciada no contexto norteamericano, lançando mão do conceito de ativismo jurisdicional, conceituando-o como “recusa de os Tribunais se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício de seus poderes”. (VALLE, 2012, p. 39)

Barroso aduz, ainda, que “este é o grande papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro: proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático” (BARROSO, 2008). Para tanto, defende que eventual atuação contra majoritária do Poder Judiciário, se com o fim de proteger os elementos essenciais da Constituição, não se dará contra a democracia, mas em seu favor.

Dessa forma, imprescindível se torna o equilíbrio entre a ousadia e a criatividade do Poder Judiciário, imprescindíveis à tarefa de concretização da Constituição, respeitando, contudo, os limites estabelecidos pela interpretação de seu próprio texto.

DESEQUILÍBRIO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A doutrina vem apontando a relevância de cautela e deferência por parte do Judiciário no que tange à interferência em sede de políticas públicas.

Na realização de sua função jurisdicional, o magistrado nem sempre possui informações acerca do possível impacto de eventual decisão sobre o planejamento e execução de determinado programa estatal. Assim, o cumprimento de certa decisão judicial de caráter individual pode ter reflexo na organização e execução de prestação de serviço público coletivo, gerando risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis. (BARROSO, 2008)

Em contrapartida, o Judiciário se depara com a ineficiente prestação de determinado serviço público, objeto de ação individual ou coletiva e, portanto, não pode eximir-se em manifestar. Há quem defenda que o Poder Judiciário não deve interferir em questões que envolvam o orçamento do Ente Estatal, porquanto não se poderia impor aos órgãos públicos obrigação de fazer que importe gastos sem que haja prévia previsão orçamentária. Tais riscos são comumente encontrados em ações judiciais individuais para pleito de vagas em creches municipais, onde acaba por se criar lista paralela de espera de vaga, e em ações de prestação de

serviço de saúde, como disponibilização de leitos em UTI e fornecimentos de medicamentos. É o que defende Barroso:

Ao lado de decisões necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. (BARROSO, 2008)

Questiona-se, ainda, se o Poder Judiciário possui suporte técnico para analisar as circunstâncias periféricas ao caso, considerando o aparato administrativo, de forma a ponderar interesses individuais e sociais a serem atendidos se as possibilidades operacionais.

Outra problemática reside na responsabilização pelos danos gerados sem decorrência de decisões mal feitas por parte do Juiz. A título de exemplificação, pode-se destacar que a fila de espera de vagas em creche resta preterida em favor daqueles que pleiteiam pela via judicial, e que programas e serviços de saúde pública podem ficar prejudicados em razão de alocação de verbas para cumprimento imediato de decisões judiciais de caráter individual e que, por vezes, demonstram ser excêntricas.

A Ação Civil Pública

Prevista expressamente no art. 129, III, da Constituição Federal de 1988, a ação civil pública teve seus primeiros traços na Lei nº 7.347/1985, e posteriormente, foi contemplada em diversas leis específicas, como é o caso das Leis nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), 7.853/1989 (que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência), nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) e 11.448/2007 (que incluiu a Defensoria Pública como legitimada para sua propositura).

Consoante já mencionado, a ação civil pública constitui instrumento adequado para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos.

Emerson Garcia leciona que “diversamente do que se verifica em relação à ação penal, a Constituição da República não outorgou ao Ministério Público a legitimidade privativa para o ajuizamento da ação civil pública, sendo expressamente ressalvada, no artigo 129, §1º, a possibilidade de se atribuir essa legitimidade a terceiros”. (GARCIA, 2005, p. 303)

Assim, os legitimados para propor a ação civil pública restam estabelecidos no artigo 5º da Lei 7.347/1985, que após modificação trazida pela Lei nº 11.448/2007, passou a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
I - o Ministério Público;⁹
II - a Defensoria Pública;
III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
V - a associação que, concomitantemente:
a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.”

Após essas breves considerações, serão analisados dois casos de ação civil pública, propostas respectivamente pela Defensoria Pública da União e pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, em que estão presentes traços ativistas.

Ação Civil Pública nº 2007.51.01.017751-0 da 8ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Em 2007, foi proposta ação civil pública pela Defensoria Pública da União em face do Município do Rio de Janeiro, do Estado do Rio de Janeiro e da União Federal, visando ao reaparelhamento de unidades de emergência e a contratação de profissionais, nos Hospitais

⁹O Supremo já decidiu em favor da existência de repercussão geral no que tange a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública com o fim de entrega de medicamentos a pessoas necessitadas por parte do Poder Público. “AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FORNECIMENTO DE REMÉDIOS - LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - RECUSA NA ORIGEM - Possui repercussão geral a controvérsia sobre a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública com objetivo de compelir entes federados a entregar medicamentos a pessoas necessitadas.” (RE 605.533 RG/MG).

Hospital Federal do Andaraí, Hospital Federal de Bonsucesso, Hospital Municipal Lourenço Jorge, Hospital Municipal Salgado Filho e Hospital Municipal Souza Aguiar, em razão da iminência da realização dos Jogos Panamericanos. Este caso apresenta alguns detalhes que exemplificam o presente estudo, como se verá adiante.

A sentença julgou parcialmente procedente o pleito autoral, considerando o não cabimento da alegação de que o direito à saúde possa ser relegado à esfera da discricionariedade do administrador público, pois não faria sentido a Constituição prever direitos e não prever meios para implementá-los.

Assim, em suma, condenou o Município do Rio de Janeiro e a União Federal a tomar providências necessárias à solução de problemas hospitalares, consistentes em aumentar a oferta de leitos no setor de emergência e de hemodiálise, impedir que seja realizado o atendimento de pacientes sem a supervisão de profissionais médicos, regularização do abastecimento de insumos, bem como a adequada higienização.

Determinou, ainda, aos Réus que promovessem, no exercício de seu poder discricionário, respeitados os preceitos constitucionais e legais, as medidas necessárias à solução do déficit do quadro de servidores da rede de saúde pública do Estado do Rio de Janeiro.

Contra a referida sentença, os réus interpuseram apelação, cujas razões seguem destacadas a seguir¹⁰.

Em suas razões recursais, a União Federal, requereu a reforma da sentença, sob o argumento de que a decisão feriu o princípio da legalidade orçamentária.

O Município do Rio de Janeiro defendeu que cumprimento da sentença resultaria em lesão grave e de difícil reparação, porquanto demandaria o remanejamento de profissionais da área da saúde para os aludidos hospitais, com inestimável prejuízo para o regular funcionamento das outras unidades ambulatoriais e hospitalares. Em sede de preliminar sustentou ilegitimidade ativa da Defensoria Pública, diante da ausência de interesse coletivo a ser tutelado por meio de ação civil pública e impossibilidade jurídica do pedido, diante do princípio da separação de poderes. Ressaltou, ainda, que tal medida não poderia ter sido determinada pelo Poder Judiciário, porquanto o direito pleiteado deveria ser implementado por meio de diversas políticas públicas,

¹⁰Dentre as razões ora apresentadas, ressalte-se que foram destacados somente os itens atinentes ao tema da presente pesquisa, omitindo-se outras alegações preliminares e meritórias.

sendo tal esfera circunscrita à discricionariedade administrativa. Desta forma, violaria o pacto federativo, e conseqüentemente o princípio da separação de poderes.

Não obstante ter sido acolhida a alegação de perda do objeto em razão do decurso dos Jogos Panamericanos quando do julgamento dos recursos, os argumentos apresentados por ambas as partes merecem destaque por ilustrar presente pesquisa.¹¹ Ressalte-se, ainda, o reconhecimento em 1ª instância das razões justificadoras do controle judicial das políticas públicas, as quais não foram apreciadas pelo Tribunal, após o acolhimento da perda de objeto.

Apelação em Ação Civil Pública nº 70048883987 – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul¹²

Trata-se de ação civil pública movida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO do Estado do Rio Grande do Sul em face do MUNICÍPIO DE ALVORADA, visando à disponibilização de serviço de educação infantil, sem limitação de vagas, a todas as crianças residentes no referido município.

Em sentença, a ação foi julgada procedente, condenando o réu à obrigação de ofertar e garantir, durante os doze meses de todos os anos, o serviço de educação infantil, compreendido em creches e pré-escolas, a todas as crianças de 0 a 6 anos de idade do Município de Alvorada que dela necessitarem, sem qualquer limitação de vagas, em horário compatível, compreendido entre 7h e 19h de segunda a sexta-feira.

O Município de Alvorada, em apelação, alegou que não apresenta condições de cumprir a sentença, tendo em vista a lista de espera, os exíguos prazos e graves prejuízos aos cofres públicos.

Em acórdão proferido pela 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, a sentença foi mantida, reafirmando que cumpre ao Poder Judiciário a garantia da 36ª Apelação Cível nº 70048883987. Acórdão proferido em 09/08/2012 pela 8ª Câmara Cível TJ/RS. Rel. Des. Alzir

¹¹Acórdão proferido pela 6ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que, por maioria, na forma do voto do relator, deu provimento às apelações.. Rel. Dse. Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama.

¹²Apelação Cível nº 70048883987. Acórdão proferido em 09/08/2012 pela 8ª Câmara Cível TJ/RS. Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz.Publicação: Diário da Justiça do dia 14/08/2012

Felippe Schmitz.Publicação: Diário da Justiça do dia 14/08/2012 proteção aos direitos constitucionalmente previstos, não constituindo, pois, invasão à competência do Poder Executivo.

Observe:

Em tese, até se poderia admitir que tem razão o recorrente. Afinal, o ideal seria que o Estado (lato sensu), ao cumprir sua obrigação constitucional, atendesse todos os administrados. Tal hipótese comportaria distribuição das verbas públicas da maneira que melhor aprovesse ao administrador. Mas esse é o Estado ideal. Na prática, temos o Estado que não cumpre seu dever constitucional, o de alcançar ensino a todos, e vivemos num Judiciário que, quando acionado, determina o cumprimento da obrigação. Logo, o Poder Judiciário não pode se ater às prioridades e à agenda do administrador. Ao Poder Judiciário cumpre, tão-só, prestar jurisdição àqueles que a requerem, afastando manifestos subterfúgios para justificar o descumprimento dos deveres previstos constitucionalmente.

Nos termos do acórdão proferido, foi afastada a hipótese de violação e afronta aos princípios da Reserva do Possível, da Harmonia e Independência entre os Poderes:

Diante de tal contexto, flagrante a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. E não há falar em violação e afronta aos princípios da Reserva do Possível, da Harmonia e Independência entre os Poderes. Afinal, é dever de o Estado providenciar a educação infantil, garantindo o acesso universal à educação, a teor do artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal. Ademais, os dispositivos legais do Estatuto da Criança e do Adolescente reiteram a mesma obrigação, a teor dos artigos 53, inciso V, e 54, inciso IV.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Democrático de Direito é resultado de grande luta política, visando ao atendimento dos princípios fundamentais, tratando a todos de forma equânime, mas observando as peculiaridades do caso. Atualmente, o direito constitucional brasileiro passa por uma grande fase, com a preocupação em garantir a efetividade de suas normas, o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional e, principalmente, construindo um modo de olhar e interpretar todos os ramos do Direito. (BARROSO, 2009, p.340)

Em contra partida, a responsabilidade do aplicador do direito é tamanha o bastante para criar o que se chama de judicialização da vida no Brasil, haja vista que o Poder Judiciário por vezes é apontado como a solução para todos os conflitos da sociedade. É comum que questões de grande repercussão política estejam sendo efetivamente conduzidas pelo Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais, como o Congresso e o Poder Executivo. (BARROSO, 2008)

Talvez seja este o desafio dos novos tempos, garantir o efetivo cumprimento da Carta Constitucional e seus princípios, mas também refletir acerca dos limites desse ativismo judicial e até que ponto ele pode interferir na tripartição dos Poderes, elevando o Judiciário a uma escala superior aos demais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF, Rel. Min. Carlos Britto.

BARROSO, Luis Roberto. **Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática.** Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica. Acesso em: 22 maio 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo.** Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudi. Acesso em: 22 maio 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto **Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política.** Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra. 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **ADC 12.** Declara a constitucionalidade da Resolução 7/2005 do CNJ, que proíbe a nomeação de parentes de membros do Poder Judiciário para cargos em comissão e funções gratificadas. Rel. Min. Carlos Britto.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. 2ª Região. **Acórdão** proferido pela 6ª Turma Especializada do, que, por maioria, na forma do voto do relator, deu provimento às apelações. Rel. Dse. Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público**: organização, atribuições e Regime Jurídico. 2 ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

LIMA, Fernando Antônio Negreiros. **A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro com custos legis**. 1. ed. São Paulo: Método, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4.ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

MONTESQUIEU, Charles. **Do espírito das leis**. Tradução: Jean Melville; São Paulo: Martin Claret, 2002.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 1. Ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 1. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

RIO Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70048883987. Acórdão proferido em 09/08/2012 pela 8ª Câmara Cível TJ/RS. Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz. Publicação: **Diário da Justiça**. 14/08/2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012.

VALLE, Venice Regina Lírio do. **Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2012. 2ª reimpressão.

UGB

FEFP