

Judicialização de políticas públicas e a concretização de Direitos Fundamentais: a questão da separação de poderes

Judicial control of public policies and the implementation of Fundamental Rights: the question of separation of powers

*Thiago Henrique Costa Silva*¹

*Luciana Ramos Jordão*²

*Josiane Carvalho*³

Resumo: O presente artigo visa analisar a judicialização das políticas públicas considerando o controle feito pelo judiciário em casos que envolvem a proteção de direitos fundamentais. Observa-se o acesso aos direitos fundamentais e sociais pelas intervenções do Judiciário no Executivo e Legislativo e os conflitos oriundos desse ativismo. Para tanto, verifica-se a teoria do mínimo possível, em contraponto com a reserva do financeiramente possível, e o seu respaldo jurisdicional para a satisfação dos direitos constitucionais. Da análise das decisões judiciais que envolvem o direito à saúde e educação, busca-se verificar a promoção da equidade e da justiça social, tal como o respeito à separação dos poderes, de modo que a constituição cidadã brasileira seja respeitada. Como opção metodológica, adota-se a pesquisa bibliográfica e a análise de casos, observados pelo método dedutivo de interpretação.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Judicialização. Justiça Social. Separação de Poderes.

Abstract: This article aims to analyzes the judicialization of public policies considering judicial control in cases that deal with fundamental rights. It is observed the access to fundamental and social rights by the interventions of the Judiciary in the Executive and Legislative and the conflicts resulting from this activism. For this, the theory of the least possible is verified, opposed to the reservation of the financially possible, and its judicial support for the satisfaction of the constitutional rights. By the analysis of judicial decisions concerning to education and health, it is sought to verify the promotion of equity and social justice, such as respect for the separation of powers, so that the Brazilian citizen's constitution is

¹ Professor de Direito Constitucional do Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA) e do centro Universitário Alfredo Nasser (UNIFAN). Doutorando em Agronegócio pela Universidade Federal de Goiás (PPAGRO). Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás (PPGDA). Perito Criminal do Estado de Goiás.

² Professora de Direito Agrário e Ambiental do Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA). Professora de Direito Civil da Universidade Estadual de Goiás (UEG). Doutoranda em Agronegócio pela Universidade Federal de Goiás (PPAGRO). Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás (PPGDA).

³ Graduada em Direito pelo Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA). Advogada.

respected. As a methodological option, the bibliographic research and case analysis are adopted, observed by the interpretation deductive method.

Keywords: Public policy. Judicial control. Social justice. Powers separation.

1. Introdução

A representatividade política nacional tem vivido crises sem precedentes. As instituições democráticas enfrentam, por meio de seus gestores, dificuldades de captar a vontade nacional e transformá-la em retorno social, capaz de fazer frente às mais variadas necessidades públicas assumidas pelo Estado.

O Brasil ainda está em processo de amadurecimento político republicano. Portanto, um dos pontos de polêmica e tensão se dá em torno da separação de poderes, cláusula muito cara ao Estado Democrático de Direito. Além disso, conta com uma densidade histórica considerável, já que foi fruto de uma circunstância na qual uma única autoridade concentrava nas suas mãos os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

A tensão mencionada surge justamente da linha tênue na qual o judiciário pisa quando se está diante do controle das políticas públicas para, em última instância, dar concretude às normas constitucionais que, às vezes, são alvo de omissão legislativa ou mesmo de ausência regulamentação pelo executivo. Desse modo, o trabalho tem como objetivo a abordagem do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Pretende-se, portanto, contemplar, de forma mais detalhada, a separação de poderes com suas consequências naturais, o Poder Judiciário, contextualizado no ativismo judicial, e o estudo de alguns casos concretos, oriundos de alguns acórdãos do STF, implementando políticas públicas em várias áreas essenciais.

Para a realização da pesquisa, será utilizada a metodologia dedutiva, que é aquela em que, utilizando-se da lógica e da razão, estabelece suas bases sobre premissas consideradas verdadeiras e gerais, resultando em conclusões também verdadeiras, mas particulares. Na abordagem dedutiva,

é possível organizar as ideias de uma tal forma que seja possível relacionar o papel constitucionalmente atribuído aos poderes da República a seu contexto de implementação.

Sobre a estrutura do trabalho, faz-se necessário dizer que: na primeira parte, será realizado levantamento sobre a separação de poderes frente ao neoconstitucionalismo brasileiro. A segunda seção do trabalho realiza considerações em torno do Poder Judiciário e do ativismo judicial, com ênfase para o papel do STF. Ao final, serão avaliados casos concretos com o fito de discutir o ativismo do STF nos casos de controle de políticas públicas básicas, tais quais as que envolvem temas como a saúde, a educação, o sistema penitenciário e as obras públicas.

O Poder Judiciário, por meio da atividade judicial, tem cumprido o seu papel de guardião da Constituição. Partindo da verificação de alguns casos concretos, é legítimo e até necessário o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário frente à flagrante omissão dos demais poderes da República. No entanto, há que se discutir os limites desta atuação quando o ativismo judicial pode se converter em interferência nas funções constitucionais cabíveis aos demais poderes. Assim, será possível debater se, no caso de ações que versam sobre a implementação caso de políticas públicas básicas, a ruptura na separação de poderes decorrente de ativismo judicial possui ou não legitimidade se se considerar a prevalência do interesse público e a proteção a direitos humanos fundamentais.

2. Controle de políticas públicas e a separação de poderes: bases argumentativas.

Políticas públicas, em uma sintética reflexão, estão diretamente relacionadas a prestações positivas do Estado para determinado segmento. A finalidade é praticar determinados programas que venham a se traduzir em benefícios sociais que podem alcançar a coletividade ou determinados

grupos, sempre com duas dimensões indissociáveis: a maciça participação estatal, com ou sem a participação do setor privado, mas com mercado emprego de recursos públicos (NUNES; COUTINHO; LAZARI, 2015, p. 2010).

Questão importante quando se trata desse tema, está relacionada às competências de quem tem o poder e/ou o dever de as instituir e realizar dentro de determinado programa que coordena aplicação de receitas públicas no decurso de determinado tempo (COSTA, 2015, p. 137). Em regra, trabalha-se em torno de um orçamento que é aprovado pelo Congresso Nacional e aplicado pelo Executivo, cabendo, além do Legislativo, ao Judiciário a fiscalização (MENDES; BRANCO, 2015, p. 405).

Apesar de ser comum que se exijam e até mesmo esperem prestações positivas do Estado em áreas cruciais, tais como saúde, educação e segurança, nem sempre foi assim. Em um contexto ainda embrionário das ideias liberais, reinava o individualismo que foi marcadamente percebido através de uma aversão à intervenção estatal. Tratam-se dos chamados direitos de defesa, ou, como alguns constitucionalistas costumam denominar, direitos negativos que se traduziam na delimitação de uma esfera negativa de intervenção estatal, um limite em que o poder do Estado não deveria adentrar (SARLET *et. al.*, 2015, p. 324).

Estes direitos, de primeira geração ou dimensão, prestigiavam, em primeiro plano, a liberdade como um direito individual que não poderia, sem a expressa disposição legal, ser tangido pela atividade do Estado e, quando o fosse, deveria ocorrer da forma menos invasiva e somente em casos extremamente necessários. Segundo explanaram Paulo e Alexandrino (2016, p. 72), os direitos de primeira dimensão foram concebidos “[...] tendo como núcleo o direito de liberdade em sua acepção mais ampla, visando resguardar da atuação do Estado a esfera individual”.

O pano de fundo histórico, ensejador desses ideais de Estado, está mais relacionado ao século XVIII, sendo intensificado ainda mais após as

duas grandes revoluções deste período, quais tenham sido a Independência Americana e a Revolução Francesa (BULOS, 2014, p. 528).

Tal forma de agir e pensar é compreensível à luz do que a Europa acabara de viver durante o final da Idade Média e parte da Idade Moderna, quando o absolutismo monárquico se confundia com o próprio Estado, diante do qual a burguesia dominante do século XVIII não queria mais se submeter (SARLET et. al., 2015, p. 90).

Outra questão que marcou esse primeiro impulso dos direitos fundamentais de primeira geração foi a igualdade, mas apenas formal, decorrendo disso o próximo passo para que os direitos de segunda dimensão fossem reclamados. Estes são os que se identificam “com as liberdades positivas, reais ou concretas, e acentuam o princípio da igualdade entre os homens (igualdade material). São os direitos econômicos, sociais e culturais” (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 99).

Essa reunião de direitos teve sua pauta no final do século XIX e início do século XX, decorrentes de movimentos sociais que desejavam proclamar um Estado Social. Percebeu-se logo que o Estado Liberal, concebido no final do século XVIII, mediante “o impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo” (SARLET et. al., 2015, p. 325). Buscou-se, nessa nova fase, elencar obrigações estatais que de fato pudessem intervir na extrema desigualdade material, tornando-se o Estado uma espécie de agente que suplementasse o que faltasse para a equiparação dos indivíduos em termos de isonomia de direitos (MENDES; BRANCO, 2015, p. 137).

Mais adiante, foram reconhecidos direitos de terceira geração, produtos de movimentos a partir da metade do século XX, com características que os alocavam como difusos e coletivos, ou seja, aqueles

que não se destinam, necessariamente, aos indivíduos considerados em sua particularidade (BULOS, 2014, p. 529).

O reconhecimento destes direitos tem como consequência a geração de obrigações positivas atribuíveis ao Estado, que as implementa por meio das chamadas políticas públicas. Os direitos em questão, especialmente nas constituições que foram promulgadas após a Segunda Guerra Mundial, passaram a se constituir em catálogo expresso, de modo que não mais seriam meras indicações aos governos, mas verdadeiros mandamentos (MARTINS FILHO, 2012, p. 289).

A Separação de Poderes nada mais é do que a divisão de atribuições relacionadas às atividades estatais, desconcentrando todas as atribuições de um único ponto de emanção. É, noutros termos, a divisão do poder em parcelas e esferas de competência, sendo que, na conjuntura atual, agregou-se a esta dinâmica o chamado sistema de freios e contrapesos, em que cada competência de poder fiscaliza as demais (SOUZA, 2015, p. 21).

No plano moderno, os Estados adotaram a separação de poderes em três esferas, materializando-se em poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, modelo adotado pela Constituição Federal de 1988, no Brasil, no caput de seu art. 2^o⁴. Do ponto de vista histórico, a separação de poderes remonta à Grécia antiga. Apesar de tratar de ideias embrionárias, Aristóteles (2006, p. 147) já vislumbrava a necessidade de se harmonizar a ação estatal para a correta realização dos seus fins.

Todavia, mesmo com a noção clássica apresentada, a situação de confusão entre os poderes, quando à divisão, pelo menos, dominou o período da Idade Média, marcado por estrutura de governo absolutista e despótico. A acepção atual só teve lugar no início da Idade Moderna, com as discussões sobre a necessidade de se minorar a concentração de poder sob a discricionariedade de um só governante vitalício (SOUZA, 2015, p. 87).

⁴ Art. 2^o, da Constituição. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Contribuíram, de forma importante para o tema, os filósofos Locke, na Inglaterra, e Montesquieu, na França. Quanto ao primeiro, cabe discorrer que sua contribuição se deu porque, no contexto de seu país, no século XVII, muitas transformações no campo da política estavam acontecendo, em especial as que envolviam a busca da burguesia por um ideal de Estado que atendesse seus interesses. Acerca disso, Locke afirmou que o Estado se compunha em poder Legislativo, Executivo e Federativo, tendo, em sua teoria, o Judiciário papel secundário na organização e condução do poder estatal (LOCKE, 1994, p. 170-171; SOUSA, 2015, p. 87).

Por outro lado, Montesquieu elaborou de forma mais detalhada a separação de poderes, estabelecendo o que seria competência de cada um para que não ocorresse abuso de por parte de qualquer dos órgãos que compunham a máquina governamental. Estados Unidos e a França sofreram influências em sua forma de governo e no que diz respeito à separação de poderes oriundos dos pensamentos de Montesquieu (MONTESQUIEU, 1996, p. 19; SOUSA, 2015, p. 87).

No Brasil, por conta de sua trajetória política conturbada, a separação de poderes tardou a acontecer (VILLA, 2011, p. 18). A separação de poderes ganhou contornos nas Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967. Ainda assim, diante do desassossego que marcava o cenário político, prevalecia sempre quem detinha o poder coercitivo nas mãos, ou seja, ao detentor do Poder Executivo cabia a tomada das decisões de fato (VILLA, 2011, p. 5).

O constituinte de 1988 ficou estabeleceu a separação de poderes como cláusula pétrea, consistindo num de seus mais preciosos pontos, de modo que a interpretação constitucional e o agir da Administração não podem se orientar a interferir na independência de cada um dos poderes. Mesmo assim, “[...] é evidente que a cláusula pétrea de que trata o art. 60, § 4º, III, não imobiliza os quase 100 (cem) artigos da Constituição que, direta ou indiretamente, delineiam determinada forma de relacionamento entre executivo, legislativo e judiciário” (BARROSO, 2015, p. 209).

Consistirá em violação tão somente se determinada deliberação legislativa do Poder Constituinte Reformador atingir o núcleo da proibição, que ocorrerá, em regra, quando se vislumbrar a concentração de atribuições tocantes a determinado Poder da República em detrimento dos demais (BARROSO, 2015, p. 209-210).

Na atualidade, o tema da separação de poderes tem enfrentado calorosos debates, pois, como se tem notícia, o Judiciário está ganhando notoriedade no cenário nacional pelas decisões que tem tomado, sendo que, de um lado tem ganhado adeptos, mas de outro, críticas severas, como a que postulou Dantas (DANTAS, 2015, p. 37).

3. Da força normativa da Constituição na garantia do mínimo possível.

Segundo Luís Roberto Barroso, a dimensão de mudanças do constitucionalismo clássico para neoconstitucionalismo se deu em três níveis: histórico, filosófico e teórico (BARROSO, 2015, p. 519). No que se refere ao panorama histórico, o neoconstitucionalismo está estreitamente ligado à situação pós Segunda Guerra Mundial, em que o positivismo apregoadado entre o final do século XIX e até a metade do século XX gerou temores dos mais diversos, quando foram cometidas as mais diversas atrocidades com amparo da lei (DUARTE; POZZOLO, 2010, p. 16). Pretendeu-se, então, contornar os extremos do positivismo jurídico, que colocavam a lei em sentido literal como impossível de ser observada a partir de postulados morais e éticos, pois, caso contrário, estar-se-ia trazendo para dentro do Direito disciplinas estranhas às suas características, deixando-o, dessa forma, sem a força necessária para cumprir seu papel (DUARTE; POZZOLO, 2010, p. 17).

À nível filosófico, Barroso (2015, p. 520) afirma que deve existir um postulado positivista separando o Direito, da moral e da política, mas que,

ao mesmo tempo, devem coexistir, com mútuas influências. Essas premissas filosóficas de reformulação das ideias fizeram aparecer uma nova forma de entender os comandos constitucionais (DUARTE; POZZOLO, 2010, p. 25).

Nesse horizonte, deu-se oportunidade para admitir que a Constituição deveria, sim, expressar valores de determinado momento histórico e se atualizar conforme eles fossem mudando. Essa nova forma de enxergar o constitucionalismo, valorado ética e moralmente, criou a figura das constituições invasoras, “[...] que se misturam com todos os assuntos e setores da vida política, social, econômica, cultural, religiosa e jurídica do Estado, condicionando a atividade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário” (BULOS, 2014, p. 81).

Em termos teóricos, como impulso transformador do constitucionalismo clássico para o contemporâneo, se apresentam alguns fatores. O primeiro deles é a força normativa da Constituição, “[...] marcada pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 53).

Desse pressuposto decorre a chamada constitucionalização do Direito. Não se limitou o neoconstitucionalismo apenas a atrair para dentro de suas perspectivas valores sociais diversos, mas também passa a ser a razão última de toda e qualquer norma, sendo o ponto primordial de validade das normas infraconstitucionais, sejam elas quais forem. Trata-se da supremacia material da Constituição, sendo que, em todo caso, se reconhece que é como se ela tivesse uma vontade subjetiva (BULOS, 2014, p. 133). Essa vontade deve ser balanceada numa correlação de forças que expresse a busca pelos objetivos definidos pelo constituinte e pautada também em seus fundamentos para atender às necessidades públicas.

Entre as mais difíceis tarefas que o Estado tem no plano do incremento das necessidades públicas está a questão orçamentária. Na ótica do direito financeiro, parte-se da premissa de que os recursos são escassos e

as necessidades da sociedade, que estão sob a responsabilidade estatal, ganham cada vez mais vulto (RAMOS FILHO, 2012, p. 65).

Observa-se que, para conter os gastos, criaram-se tetos de despesas. As regras e princípios orientadores da conjuntura financeira estatal são delineadas para manter o equilíbrio entre o que se arrecada e o que se aplica em termos de retorno social. Um exemplo dessa preocupação do legislador são os limites estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal (RAMOS FILHO, 2012, p. 59).

Essa conjuntura fez aparecer uma figura argumentativa para justificar a falta de implemento de determinados gastos públicos e o atendimento de certas necessidades sociais, sejam elas individuais ou coletivas, a teoria da reserva do possível (MARTINS, 2015, p. 316). Originada na jurisprudência do Tribunal Federal Alemão, a teoria da reserva do possível⁵ caminha sob uma premissa básica: deve haver suficiência de recursos e previsão orçamentária estatal para a concretização de uma necessidade reclamada. Em todo caso, visa limitar a responsabilidade do Estado, isto é, delimitar uma barreira em que o Estado não seja mais obrigado a atender determinadas necessidades que não consiga suportar (MARTINS, 2015, p. 315).

Por outro lado, o Estado tenta se esconder por detrás do princípio da reserva do possível. E é nesse sentido a advertência de Paulo e Vicente (2016, p. 237) aos afirmarem que “É importante entender que esse princípio não significa um ‘salvo conduto’ para o Estado deixar de cumprir suas obrigações sob uma alegação genérica de que não existem recursos suficientes”.

Sobre o tema, já é sabido que a Constituição estabeleceu previsão vinculada de determinados gastos públicos, como os percentuais destinados para educação, saúde e segurança. No entanto, por vezes, ocorre de as

⁵ Daí o princípio da reserva do possível, oriundo do direito alemão: os deveres estatais, impostos pelo ordenamento jurídico, devem ser cumpridos na medida em que o permitam os recursos públicos disponíveis (DI PIETRO, 2014, p. 832).

dotações orçamentárias não contarem com determinadas situações excepcionais que requerem um aporte financeiro de grande vulto, o que, nem sempre, o Poder Executivo tem ou que o Legislativo sequer aprovou na ocasião da elaboração das leis orçamentárias (PAULO; VICENTE, 2016, p. 238).

O mínimo possível, por outro lado, veio para ser o contraponto ao princípio da reserva do possível. É que, na realidade concreta, os demais poderes da República devem caminhar no sentido de ampliação de aplicação das normas constitucionais, destinando a verba pública para as necessidades da população (MARTINS, 2015, p. 317).

O jurista alemão Robert Alexy (2008, p. 499) salientou que dentre as prestações estatais estão os direitos sociais em sentido estrito, verdadeiros direitos subjetivos do indivíduo, indispensáveis a sua existência, e de obrigação do poder público, em razão dele não dispor de recursos suficientes para adquiri-los na esfera privada.

É justamente nessa zona dos direitos e garantias fundamentais que se deve buscar a satisfação do mínimo existencial. Sendo assim, o Estado não pode ficar inerte às suas obrigações, sob o escudo da reserva do possível. Os direitos devem ser efetivados, assim, por exemplo, “Constata-se que a problemática reside no fato de que não basta a Constituição Federal estabelecer a saúde como direito fundamental, se não forem adotadas políticas públicas para garantir efetividade a tal direito” (MARTINS, 2015, p. 326).

A questão fundamental a ser discutida está numa relação indissociável entre o mínimo que se precisa para uma vida digna e o esforço estatal para disponibilizar os recursos inerentes a esta obrigação. Embora de difícil equação perante determinados fatos concretos, tem-se que a o poder público não deve criar embaraços, manipulando recursos para falsas barreiras à efetivação de prerrogativas individuais e coletivas (BULOS, 2014, p. 380). “Assim, ao menos o ‘mínimo existencial’ de cada um dos

direitos, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 643).

O mínimo existencial, como contraponto ao princípio da reserva do possível, também não deve ser a máxima de quaisquer decisões administrativas, mas deve ser um elemento sopesado no momento de se analisar os casos concretos. Dificilmente a análise sobre onde começa e termina a obrigação estatal será apreciada com um grau de certeza aceitável, cabendo ao Judiciário se pronunciar sobre cada fato específico (SARLET *et. al.*, 2015, p. 626). “Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 643).

4. Ativismo judicial: necessidade ou usurpação de poder pelo judiciário?

Bulos (2014, p. 442) dispõe que o “Ativismo judicial é o ato em que os juízes criam pautas legislativas de comportamento, como se fossem os próprios membros do Poder Legislativo”. Evidencia-se, dessa fala, que o ativismo judicial consiste em algo que não merece elogios, uma vez que essa prática judicial é uma forma de fraudar a Constituição, quando o Judiciário, usando desse expediente, atravessa para além das fronteiras de sua competência institucional (BULOS, 2014, p. 442).

Trata-se de acusação muito séria, tendo por base que o ativismo seria, portanto, uma atividade nociva à Constituição. Estar-se-ia, caso essa posição seja assumida como verdadeira, colocando o ordenamento jurídico sob os rumos que os juízes dessem em suas decisões, postura flagrantemente inconsistente com os fundamentos republicanos (TASSINARI, 2012, p. 34). No mesmo sentido, os doutrinadores Streck, Tassinari e Lepper (2015, p. 54) observaram que “Acima de tudo, o argumento que fundamenta uma decisão

judicial deve ser jurídico — nem moral, nem político”. É regra que se extrai do pensamento positivista, que coloca o juiz dentro de limites precisos. Ir além pode ofender a ordem constitucional, é o que defende essa visão.

O Judiciário estaria chamando para si um protagonismo que não lhe foi conferido pela Constituição, em verdadeiro ato de usurpação da competência dos demais poderes republicanos, sendo que a consequência mais imediata seria o ferimento da separação de Poderes (TASSINARI, 2012, p. 35).

Diversamente, há quem entenda que o ativismo judicial é prática a ser elogiada por ser necessária. Nesse aspecto, o Ministro Luís Roberto Barroso (2015, p. 442) entende que o ativismo judicial, definido como uma ingerência inconstitucional do Judiciário em questões que não dizem respeito à sua competência, é demasiadamente severa, não sendo correta essa conclusão, pois, na verdade, trata-se de uma reação de um tom conservador desnecessário.

Diante dessa apresentação, o mencionado autor defende que o Judiciário, quanto ao ativismo judicial, tão somente ocupa espaços em que os direitos não estão devidamente concretizados. Assim, estaria essa prática mais proativa do Judiciário vinculada à intensidade de participação dos seus órgãos, especialmente o STF, “[...] na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, nem sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios”, não sendo correto se falar em usurpação como supõem os críticos do ativismo judicial (BARROSO, 2015, p. 441-442).

Essa postura mais ampla e de ingerência mais profunda do Judiciário em questões que até então não encontravam eco em sua jurisprudência, fruto do neoconstitucionalismo e da força normativa da Constituição, não feriria a separação de poderes, mas estaria em consonância com a defesa dos preceitos constitucionais diante dos mais variados casos concretos de violação ou omissão a direitos objetivos e subjetivos.

Ao procurar justificar a prática do ativismo judicial na conjuntura do século XXI, os seus defensores, em regra, entendem que os fatos sociais se modificam e acontecem aceleradamente, tornando-se direitos subjetivos, nem sempre adequados ou expressamente protegidos pelo direito positivo, o que demanda do Judiciário uma interpretação em acordo com os direitos e garantias fundamentais (PETER, 2015, p.85). Não seria possível ter alcançado as conquistas atualmente em curso no ordenamento jurídico brasileiro sem a proatividade do Judiciário, ainda que se tenha que admitir excessos. Estes estão longe de ofuscar os benefícios decorrentes da aplicação mais extensa possível dos direitos e garantias fundamentais encampados pelo STF nos anos que se seguiram após a promulgação da Constituição de 1988 (PETER, 2015, p. 85).

De um lado, quando se fala da parte crítica, busca-se justificar que o ativismo judicial avança além do que a Constituição permite. De outro, argumenta-se que a Constituição não pode se tornar mero texto sem aplicação prática, de modo que, às vezes, a única alternativa é recorrer ao Judiciário para garantir a efetivação de um direito. Sem tomar partido, ao que parece o equilíbrio é a pedra fundamental nessa questão, requerendo-se que se avalie com mais cautela os excessos do judiciário e as omissões dos demais poderes.

No atual cenário constitucional, o Poder Judiciário ganhou posição jamais conquistada em outras constituições brasileiras. Após 1988, por meio do constituinte originário, cresceu a tendência de se dar maiores e mais responsabilidades ao poder judicante, aumentando a sua autonomia e responsabilidade perante a manutenção da ordem republicana (MENDES; BRANCO, 2015, p. 961).

Assim, por meio do STF, assistiu-se, nos últimos anos, desde a redemocratização, o aumento vertiginoso de análise sobre questões sensíveis, envolvendo interesses coletivos e individuais que permeiam matérias constitucionais diversas.

Outra observação possível que se extrai desse panorama é que determinada norma de cunho constitucional, só se torna madura o suficiente para ser aplicada com mais segurança jurídica e menos celeumas, quando o STF enfrenta questionamentos a seu respeito, seja pela via concentrada, seja de maneira difusa, em determinados casos concretos, que lhe chegam pela via do recurso extraordinário (COELHO, 2015, p. 13).

Tem-se constatado, na prática cotidiana, que o STF realiza uma hermenêutica cada vez mais progressiva, afirmando determinadas políticas de inclusão social. Em parte, isso está relacionado à liberdade de interpretação constitucional e nesse patamar de ideias, tem-se que a ordem jurídica atual é afirmada e (re)construída nos casos concretos que chegam às mãos da Corte maior (COELHO, 2015, p. 13).

Não se olvida que o momento é de tensão entre o Poder Judiciário e os demais Poderes republicanos no Brasil, mas, igualmente, deve-se lembrar que esse sistema de tensão é que faz o direito passar por um processo de depuração e estabilidade, sempre se observando, conforme a história deixou assentada, que o reequilíbrio sempre retoma o seu caminho em determinado momento (COELHO, 2015, p. 21).

Nesse contexto, a mutação constitucional se consagra como importante técnica de hermenêutica, que permite o amoldamento da Constituição à realidade posta (BARROSO, 2015, p. 158). Os críticos dessa prática colocam a mutação constitucional como principal instrumento do ativismo, em que os juízes querem e atuam como legislador, reformando a constituição sem terem recebido tal função do povo (STRECK; TASSINARI; LEPPER, 2015, p. 59). Pensar em um sistema constitucional imutável, que não acompanha os anseios sociais é negar o papel do Direito.

5. Análise de casos: como o Poder Judiciário se posiciona?

Demonstrou-se, nos tópicos precedentes, a importância que o Poder Judiciário assumiu nos últimos anos nos rumos das chamadas políticas

públicas, sendo que um dos principais argumentos em favor dessa postura é a chamada concretização da Constituição (BARROSO, 2015, p. 321).

Inúmeras consequências podem ser vislumbradas a partir dessa prática e, “nesse cenário, o Poder Judiciário tem sido convocado a manifestar-se de forma crescente sobre questões que tradicionalmente eram resolvidas na esfera política, um movimento traduzido pela judicialização da política” (ROCHA; BARBOSA, 2015, p. 115). Diante disso, esta seção tem como objetivo apresentar o direcionamento adotado em dois casos representativos da atuação do Judiciário na garantia de direitos fundamentais.

O primeiro caso refere-se ao fornecimento de medicamentos em julgado proferido pelo STF. O segundo caso trata da garantia de vagas em escolas em análise feita pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

5.1 O fornecimento de medicamentos e o Direito à Vida e Saúde

Um dos pontos altos do ativismo do Judiciário em termos de políticas públicas está na seara da saúde. Muitas decisões têm sido proferidas com o fito de determinar cirurgias, internações, fornecimento de medicamentos entre outros.

A justificativa inicial tem como ponto central que o exame pelo Judiciário dos atos administrativos tem permissão constitucional. Marinela (2016, p. 1229), ao discorrer sobre o tema, apontou que “Hoje admite-se tal exercício de maneira mais ampla, reconhecendo não só a lei, mas também as regras constitucionais, especialmente os seus princípios”. Ou seja, o controle judicial dos atos administrativos se escuda nos princípios constitucionais referentes à administração pública (MARINELA, 2016, p. 1229).

Questão divergente, no âmbito da jurisprudência, diz respeito, no entanto, a determinados procedimentos ou medicamentos que não tem

autorização da Anvisa para serem realizados. Em determinado caso paradigmático, discutido nos autos do RE 566471 RN, em que se reconheceu repercussão geral, o STF (2007) prolatou, em sede preliminar, decisão na qual reconheceu a obrigação do Estado de prover fármaco gratuitamente.

1. No caso de demanda judicial por medicamento incorporado pelo SUS (i.e., incluído na política pública de saúde, devendo ser objeto de dispensação gratuita), não há dúvida acerca da obrigação do Estado de fornecê-lo ao requerente. Em tais circunstâncias, a atuação do Judiciário volta-se apenas a efetivar as políticas públicas já formuladas no âmbito do sistema de saúde. Nessa hipótese, deve-se exigir apenas que o requerente comprove (i) a necessidade do fármaco e (ii) a prévia tentativa de sua obtenção na via administrativa (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 566471 RG. Relator: Ministro Marco Aurélio. Diário da Justiça: 7 dez. 2007, p. 2). (grifou-se)

O entendimento em vigor é o de que, quando determinado medicamento é negado pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e tal item está previsto pelas normas pertinentes, no caso de deferimento para o fornecimento do medicamento pelo Judiciário, não se trata propriamente de ativismo, mas de mera implementação de políticas públicas já assumidas pela Administração (STF, 2007).

Diferentemente, no entanto, é o caso de medicamentos que não foram incorporados pelo SUS. A justificativa encampada, no caso de medicamentos não incorporados na rede pública, segundo o STF, encontra respaldo no entendimento de que o planejamento financeiro da Administração Pública pode ser prejudicado caso todo e qualquer pedido seja deferido, isto é, sem obediência aos critérios definidos para o fornecimento de medicamentos de forma racional, atendendo o melhor custo benefício e a reserva do possível (STF, 2007).

Diante dessa casuística específica, o relator do RE 566471, Ministro Marco Aurélio, entendeu por bem propor alguns critérios para a concessão de medicamentos, especialmente os de alto custo.

Para tanto, proponho 5 (cinco) requisitos cumulativos que devem ser observados pelo Poder Judiciário para o deferimento de determinada prestação de saúde. São eles: (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos no âmbito do SUS é, em regra, desse ente federativo (Supremo Tribunal Federal. RE 566471 RG. Relator: Ministro Marco Aurélio. Diário da Justiça: 7 dez. 2007, p. 2-3).

Tais critérios seriam meios de barrar a enxurrada de demandas, mas, além disso, tornar a questão mais plausível de análise preliminar, com deferimento em casos muito específicos nos quais requisitos fossem superados (STF, 2007). Dessa forma, a questão de fornecimento de medicamentos através da judicialização da questão deve ser visualizada com muita parcimônia, já que, conforme escreveram Rocha e Barbosa (2015, p. 124), podem comprometer a política de saúde pública.

Embora à primeira vista sejam decisões inquestionáveis do ponto de vista da necessidade do indivíduo, as mesmas por vezes não encontram guarida na legislação infraconstitucional, sustentando-se sob o manto da abstração dos princípios constitucionais, e podem chegar a comprometer a política de saúde pública em um estado ou município, sem que haja qualquer tipo de responsabilização política do magistrado por seus atos.

O principal fator a ser observado quando da análise de um caso concreto é a gestão dos recursos despendidos e direcionados para determinada finalidade pública. O magistrado, quando se insere na discussão deve levar em conta a autonomia do Judiciário, mas também deve levar em conta o contexto econômico e o direcionamento dos gastos públicos, em especial primando pela manutenção de um mínimo existencial (ROCHA; BARBOSA, 2015, p. 124).

Porquanto de um lado se coloca o direito fundamental à saúde, de outro está o interesse coletivo envolvido no planejamento estratégico do

orçamento nacional. Por isso, em especial os críticos do ativismo judicial, aconselha-se que se faça a seleção, tanto quanto possível, de critérios objetivos para o deferimento ou não de direitos dessa natureza (ROCHA; BORGES, 2015, p. 124).

5.2 Vagas em escola pública e o Direito à Educação

Quanto às questões envolvendo vagas em escolas públicas, é nas jurisprudências dos Tribunais estaduais que se tem maior volume de decisões, já que, em regra, a cobrança se direciona mais aos entes federativos estaduais e municipais.

A certeza de vaga em escola, como garantia constitucional assegurada pelo direito à educação previsto na Constituição, consiste em um dos direitos mais basilares e básicos de um Estado Democrático de Direito. Assim, “Não por acaso, o próprio texto constitucional, em seu art. 205, preceitua que a educação deve ser promovida visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 651).

Desse modo, a jurisprudência dos Tribunais estaduais tem reconhecido que o implemento de vagas em escolas públicas por meio de seu ativismo é medida que se impõe, pois não se trata propriamente de uma inovação do Judiciário, mas de dar efetividade a um direito ao qual a administração pública está necessariamente vinculada (TJGO, 2017).

Nesse sentido a jurisprudência goiana entendeu se tratar de obrigação do Poder Público assegurar o direito das crianças ao “[...]de atendimento gratuito em creches e pré-escolas, uma vez que, tornar eficaz o direito de todo cidadão de receber educação escolar não é ato discricionário, mas, sim, vinculado, não se inserindo no âmbito daqueles que o administrador pratica, em face da conveniência e da oportunidade”. A partir do reconhecimento desse direito, o Judiciário determinou a efetivação da

matrícula em instituição de ensino privada bem como o bloqueio do valor necessário ao pagamento de mensalidades.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. INSTRUMENTO HÁBIL AO EXERCÍCIO DO DIREITO DA CRIANÇA. RECURSO SECUNDUM EVENTUM LITIS. LIMINAR. REQUISITOS EVIDENCIADOS. EDUCAÇÃO INFANTIL. DISPONIBILIZAÇÃO DE VAGA EM CMEI - CENTRO MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO INFANTIL. DETERMINAÇÃO SUBSIDIÁRIA PARA ARCAR COM DESPESAS. INSTITUIÇÃO DE ENSINO PRIVADO. BLOQUEIO DE VERBAS. POSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. 1. O Agravo de Instrumento é um recurso secundum eventum litis, logo, deve o Tribunal limitar-se apenas ao exame do acerto, ou desacerto da decisão atacada, uma vez que ultrapassar seus limites, ou seja, perquirir sobre argumentações meritórias, ou matérias de ordem pública não enfrentadas na decisão recorrida, seria antecipar o julgamento de questões não apreciadas pelo juízo de origem, o que importaria na vedada supressão de instância. 2. Vislumbrados os requisitos exigidos para a concessão da medida liminar em Mandado de Segurança e não logrando êxito o Município Agravante em trazer, à esfera recursal, elementos hábeis a elidilos, a confirmação da decisão agravada, que determinou a inclusão de menor em Centro Municipal de Ensino Infantil - CMEI, é medida que se impõe. 3. É obrigação legal do Poder Público e direito das crianças, o oferecimento de atendimento gratuito em creches e pré-escolas, uma vez que, tornar eficaz o direito de todo cidadão de receber educação escolar não é ato discricionário, mas, sim, vinculado, não se inserindo no âmbito daqueles que o administrador pratica, em face da conveniência e da oportunidade. 4. A determinação para que o Poder Público efetue a matrícula da criança em instituição de ensino privada e para que seja bloqueado o valor necessário ao pagamento de mensalidades e demais despesas, são meios aptos a conferir efetividade à decisão judicial e à obrigação constitucional imposta aos Municípios, de assegurar, aos cidadãos de pouca idade, o atendimento em creches, ou pré-escolas. 5. Súmula nº 39 TJ/GO: Tanto o mandado de segurança como a ação ordinária são instrumentos hábeis ao exercício do direito fundamental da criança ao atendimento em creche ou pré-escola situada nas proximidades da sua moradia, mantida ou custeada pelos municípios, admitindo-se bloqueio de valores em caso de descumprimento da obrigação (artigo 208, IV da CF e 54, IV do ECA). AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJGO, Agravo de Instrumento (CPC) 0236926-14.2016.8.09.0000, Rel. ORLOFF NEVES ROCHA, 1ª Câmara Cível, julgado em 21/07/2017, DJe de 21/07/2017).

No caso em comento, evidencia-se a polêmica do bloqueio de verbas públicas. De acordo a ementa acima reproduzida, entendeu o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que tal imposição judicial, entre outras medidas,

se encontra entre os “[...] meios aptos a conferir efetividade à decisão judicial e à obrigação constitucional imposta aos Municípios, de assegurar, aos cidadãos de pouca idade, o atendimento em creches, ou pré-escolas” (TJGO, 2017).

O instituto da impenhorabilidade dos bens públicos, nesse caso, fica sujeito à valores como a educação e a saúde, por exemplo. Ou seja, nesses casos, a penhorabilidade dos bens públicos é medida que pode ser de fato aplicada (PEREIRA, 2015, p. 297).

A ideia segundo a qual o Poder Público deve criar meios de fornecer, de forma vinculada ao princípio da legalidade, determinado benefício público, como é o caso de vagas em escolas suficientes para demanda existente, seria, por si só, justificativa idônea para que o Judiciário determinasse a separação de numerário para custear despesas a esse título (PEREIRA, 2015, p. 298).

Não é preciso muito esforço, por outro lado, para compreender que, a depender do número de decisões emanadas pelo Judiciário a respeito da implementação de novas vagas, sem levar em conta, por exemplo, o crescimento desordenado das cidades, o orçamento público será defasado de forma inesperada, igualmente criando situações desconfortáveis para a administração pública e, por conseguinte, para toda a população (PEREIRA, 2015, p. 298).

Assim, mais uma vez é imperativo aduzir que, apesar de não constituir a melhor forma de concretizar direitos, o ativismo judicial ganha espaço diante das inobservâncias constitucionais dos governantes. Contudo, não há que se confundir o ato de tornar eficaz a Constituição, com a usurpação de poderes, logo tais ações não devem constituir práticas corriqueiras no Brasil.

6. Considerações Finais

As pesquisas realizadas indicaram, por meio do estudo do controle de políticas públicas pelo poder judiciário, que, de fato, há uma celeuma entre a necessidade de separação de poderes e a busca pela concretização os valores e direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988. O cenário desse assunto é tormentoso já que, no Brasil, nem sempre se consegue vislumbrar um equilíbrio possível entre os poderes, seja pela ingerência exacerbada de um sobre o outro, politizando aspectos que seriam eminentemente jurídicos, seja pela questão da omissão dos poderes incumbidos de implantar políticas públicas que cumpram o programa social estabelecido constitucionalmente.

Apurou-se que boa parte da postura atual do Judiciário nacional, especialmente da Suprema Corte, deve-se a seu papel interpretativo da Constituição de 1988. Com a edição dessa Carta democrática, como em qualquer das outras antes editadas no Brasil, o Judiciário recebera tanto protagonismo, em especial para implementação de políticas públicas. O problema que se coloca é que, nem sempre, esse papel neoconstitucional do STF é entendido como positivo e garantidor de direitos. Todavia, ponderando entre o mínimo existencial e a reserva do financeiramente possível, o Judiciário vem atuando para garantir o interesse público e a eficácia constitucional.

Saúde precária e ausência de educação são apenas alguns dos problemas que persistem, mesmo diante do mandamento constitucional de que o Estado não pode ficar inerte indefinidamente no tempo, esperando que o problema se resolva apenas com medidas paliativas. Dessa forma, ao agir para garantir uma vaga em escola ou o acesso a um remédio necessário à manutenção da vida de uma pessoa, o poder judiciário ocupa o espaço vazio deixado pela omissão legislativa e executiva, mas não para usurpar suas funções, mas, ao contrário, para garantir a manutenção lógica e estabilidade jurídica nas quais todos os poderes estão inseridos.

Conclui-se, desse modo, que, a postura atual do Judiciário, se não é o ideal e o desejável, é o que se coloca à disposição da sociedade diante da omissão dos demais poderes que, mesmo quando pressionados, nada fazem para reverter o quadro de calamidade na qual certos serviços públicos se afundaram por omissão e descaso.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 2-22.
- COSTA, Valeriano. Políticas públicas no Brasil: uma agenda de pesquisas. **Revista Idéias**, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da UNICAMP, Campinas, SP, v.6, n.2, jul/dez. 2015, p.135-166.
- DANTAS, Gustavo Henrique Dutra. Violação do princípio da separação de poderes por parte do poder judiciário nas deliberações do poder legislativo. In: VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira (Org.). **Separação de poderes**. Brasília: IDP, 2015. v. 1. p. 33-44.
- DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.
- MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra. Direitos fundamentais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et. al. (Coords.). **Tratado de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 289-352.
- MARTINS, Urá Lobato. A judicialização das políticas públicas e o direito subjetivo individual à saúde, à luz da teoria da justiça distributiva de John Rawls. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, número especial, 2015, p. 309-328.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NUNES, Ana Luisa Tarter; COUTINHO, Nilton Carlos; LAZARI, Rafael José Nadim de. Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, número especial, 2015, p. 208-222.

PAULO, Vicente de; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forer.se; São Paulo: Método, 2016.

PEREIRA, Fernanda Tercetti Nunes. Ativismo judicial e direito à saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 290-308.

PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 62-87.

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA, Claudia Maria. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 115-133.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUSA, Manoel Messias de. Separação de poderes: teoria e crítica. In: VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira (Org.). **Separação de poderes**. Brasília: IDP, 2015. v. 1. p. 85-95.

SOUZA, Emilly Azevedo de. Separação de poderes: teoria e crítica. In: VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira (Org.). **Separação de poderes**. Brasília: IDP, 2015. v. 1. p. 20-26.

STF - Supremo Tribunal Federal. RE 566471 RG. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário da Justiça**: 7 dez. 2007.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 51-61.

TASSINARI, Clarissa. A atuação do Judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial. **Revista da Faculdade Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, jul./dez. 2012, p. 31-46.

TJGO - Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Agravo de Instrumento (CPC) 0236926-14.2016.8.09.0000**, Rel. ORLOFF NEVES ROCHA, 1ª Câmara Cível, julgado em 21/07/2017, DJe de 21/07/2017.

VILLA, Marco Antônio. **História das constituições brasileiras**. São Paulo: Leya Editora, 2011.

Artigo recebido em: 13/04/2019.

Aceito para publicação em: 18/11/2019.