

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação**  
Public politics and judicial activism: the dilemma between effectiveness and the limits of acts

Ana Luisa Tarter Nunes

Nilton Carlos Coutinho

Rafael José Nadim de Lazari

# Sumário

<b>EDITORIAL .....</b>	<b>V</b>
Carlos Ayres Britto, Lilian Rose Lemos Soares Nunes e Marcelo Dias Varella	
<b>GRUPO I - ATIVISMO JUDICIAL .....</b>	<b>1</b>
<b>APONTAMENTOS PARA UM DEBATE SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL.....</b>	<b>3</b>
Inocêncio Mártires Coelho	
<b>A RAZÃO SEM VOTO: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O GOVERNO DA MAIORIA.....</b>	<b>24</b>
Luís Roberto Barroso	
<b>O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO CASO MS3326 .....</b>	<b>52</b>
Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Obach Lepper	
<b>DO ATIVISMO JUDICIAL AO ATIVISMO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>63</b>
Christine Oliveira Peter	
<b>ATIVISMO JUDICIAL: O CONTEXTO DE SUA COMPREENSÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS RACIONAIS .....</b>	<b>89</b>
Ciro di Benatti Galvão	
<b>HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E ATIVIDADE JUDICIAL PRAGMÁTICA: APROXIMAÇÕES.....</b>	<b>101</b>
Humberto Fernandes de Moura	
<b>O PAPEL DOS PRECEDENTES PARA O CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA.....</b>	<b>116</b>
Lara Bonemer Azevedo da Rocha, Claudia Maria Barbosa	
<b>A EXPRESSÃO “ATIVISMO JUDICIAL”, COMO UM “CLICHÉ CONSTITUCIONAL”, DEVE SER ABANDONADA: UMA ANÁLISE CRÍTICA .....</b>	<b>135</b>
Thiago Aguiar Pádua	
<b>A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AOS FENÔMENOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO ATIVISMO JUDICIAL .....</b>	<b>170</b>
Mariana Oliveira de Sá e Vinícius Silva Bonfim	

**ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA: A ATUAÇÃO DO STF E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA NO BRASIL..191**

Marilha Gabriela Reverendo Garau, Juliana Pessoa Mulatinho e Ana Beatriz Oliveira Reis

**GRUPO II - ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS.....207**

**POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO JUDICIAL: O DILEMA ENTRE EFETIVIDADE E LIMITES DE ATUAÇÃO.....209**

Ana Luisa Tarter Nunes, Nilton Carlos Coutinho e Rafael José Nadim de Lazari

**CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E CONSTITUCIONAL .....224**

Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de Souza

**A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL EM FACE DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL .....239**

Sílvio Dagoberto Orsatto

**POLÍTICAS PÚBLICAS E PROCESSO ELEITORAL: REFLEXÃO A PARTIR DA DEMOCRACIA COMO PROJETO POLÍTICO .....253**

Antonio Henrique Graciano Suxberger

**A TUTELA DO DIREITO DE MORADIA E O ATIVISMO JUDICIAL.....265**

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

**ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO À SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E OS IMPACTOS DA POSTURA ATIVISTA DO PODER JUDICIÁRIO..... 291**

Fernanda Tercetti Nunes Pereira

**A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO SUBJETIVO INDIVIDUAL À SAÚDE, À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE JOHN RAWLS..... 310**

Urá Lobato Martins

**BIOPOLÍTICA E DIREITO NO BRASIL: A ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO DE ANENCÉFALOS COMO PROCEDIMENTO DE NORMALIZAÇÃO DA VIDA .....330**

Paulo Germano Barrozo de Albuquerque e Ranulpho Rêgo Muraro

**ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DA RELAÇÃO DE CONSUMO: UMA ANÁLISE DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE PRIVADO NO ESTADO DE SÃO PAULO.....348**

Renan Posella Mandarinó e Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas

<b>A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DA DEMARCAÇÃO DOS TERRITÓRIOS QUILOMBOLAS .....</b>	<b>362</b>
Larissa Ribeiro da Cruz Godoy	
<b>POLÍTICAS PÚBLICAS E ETNODESENVOLVIMENTO COM ENFOQUE NA LEGISLAÇÃO INDIGENISTA BRASILEIRA.....</b>	<b>375</b>
Fábio Campelo Conrado de Holanda	
<b>TENTATIVAS DE CONTENÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>392</b>
Alice Rocha da Silva e Andrea de Quadros Dantas Echeverria	
<b>O DESENVOLVIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>410</b>
André Pires Gontijo	
<b>O ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA PARA ALÉM DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA.....</b>	<b>425</b>
Giovana Maria Frisso	
<b>GRUPO III - ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA.....</b>	<b>438</b>
<b>LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA. REALIDADE INTERCAMBIANTE E NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DA QUESTÃO. ESTUDO COMPARATIVO. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL- ADPF 130- E A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ....</b>	<b>440</b>
Luís Inácio Lucena Adams	
<b>A GERMANÍSTICA JURÍDICA E A METÁFORA DO DEDO EM RISTE NO CONTEXTO EXPLORATIVO DAS JUSTIFICATIVAS DA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>452</b>
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	
<b>ANARQUISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA.....</b>	<b>480</b>
Ivo Teixeira Gico Jr.	
<b>A (DES)HARMONIA ENTRE OS PODERES E O DIÁLOGO (IN)TENSO ENTRE DEMOCRACIA E REPÚBLICA.....</b>	<b>501</b>
Aléssia de Barros Chevitarese	
<b>PROMESSAS DA MODERNIDADE E ATIVISMO JUDICIAL.....</b>	<b>519</b>
Leonardo Zehuri Tovar	
<b>POR DENTRO DAS SUPREMAS CORTES: BASTIDORES, TELEVISIONAMENTO E A MAGIA DA TRIBUNA.....</b>	<b>538</b>
Saul Tourinho Leal	

<b>DIREITO PROCESSUAL DE GRUPOS SOCIAIS NO BRASIL: UMA VERSÃO REVISTA E ATUALIZADA DAS PRIMEIRAS LINHAS .....</b>	<b>553</b>
Jefferson Carús Guedes	
<b>A OUTRA REALIDADE: O PANCONSTITUCIONALISMO NOS ISTEITES .....</b>	<b>588</b>
Thiago Aguiar de Pádua, Fábio Luiz Bragança Ferreira E Ana Carolina Borges de Oliveira	
<b>A RESOLUÇÃO N. 23.389/2013 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E A TENSÃO ENTRE OS PODERES CONSTITUÍDOS .....</b>	<b>606</b>
Bernardo Silva de Seixas e Roberta Kelly Silva Souza	
<b>O RESTABELECIMENTO DO EXAME CRIMINOLÓGICO POR MEIO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 26: UMA MANIFESTAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL .....</b>	<b>622</b>
Flávia Ávila Penido e Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves	
<b>NORMAS EDITORIAIS.....</b>	<b>637</b>
Envio dos trabalhos.....	639



# Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação\*

## Public politics and judicial activism: the dilemma between effectiveness and the limits of acts

Ana Luisa Tarter Nunes\*\*

Nilton Carlos Coutinho\*\*\*

Rafael José Nadim de Lazari\*\*\*\*

### RESUMO

A atual postura ativista do Poder Judiciário tem gerado repercussões nas relações sociais e, especificamente, em relação ao modo de se ver a função judicial dentro do ordenamento jurídico. Desse modo, o presente trabalho realiza uma pesquisa bibliográfica e documental em relação ao tema, de modo a analisar a forma como o ativismo judicial tem sido visto pela doutrina, bem como os dilemas existentes em relação à efetividade das políticas públicas e o limite de atuação do juiz frente à separação constitucional dos poderes e aos limites econômico-financeiros inerentes ao tema. Trata-se de tema relevante em virtude dos conflitos e debates que surgem na sociedade, tendo em vista as garantias asseguradas pela Carta Magna e, em especial, a efetivação dos direitos sociais. Nesse aspecto, serão analisadas questões concretas relacionadas à proteção dos direitos sociais decididas pelo Poder Judiciário e suas implicações no arranjo político-institucional brasileiro, realizando ponderações sobre os limites do ativismo judicial na proteção dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial. Separação de poderes. Princípios constitucionais. Limitações práticas. Judicialização.

\* Recebido em 06/11/2014

Aprovado em 26/02/2015

\*\* Estudante de graduação em Direito no UniCEUB. E-mail: luisatarter@gmail.com.

\*\*\* Procurador do Estado de São Paulo. Mestre em Direito pelo CESUMAR, Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e professor da Universidade de Brasília – UnB. E-mail: niltonpge@gmail.com.

\*\*\*\* Advogado e consultor jurídico. Doutorando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Mestre em Teoria do Estado pelo Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha, de Marília/SP – UNIVEM. E-mail: rafa\_scandurra@hotmail.com.

### ABSTRACT

The current activist stance of the judiciary has generated repercussions in social relations, and specifically in relation to how to see the judicial function within the legal framework. Therefore, the present work perform a bibliographical and documentary research of the subject theme in order to analyze how the judicial activism has been seen by the doctrine and the existing dilemmas regarding the effectiveness of public policies and the limitations of judges facing the constitutional separation of powers and the economic and financial restrictions inherent in the theme. It is a relevant theme, owing to conflicts and debates that arise in society considering the guarantees provided by the *Magna Carta* and, in particular, the realization of

social rights. In this respect, specific questions relating to the protection of social rights decided by the Judiciary and its implications for political arrangement-Brazilian institutional will be analyzed seeking to make notes on the limits of judicial activism in the protection of fundamental rights.

**Keywords:** Judicial activism. Separation of powers. Constitutional principles. Practical limitations.

## 1. INTRODUÇÃO

O ativismo judicial constitui, atualmente, tema central das grandes discussões jurídicas enfrentadas pela doutrina e jurisprudência.

Tal relevância deve-se, dentre outros fatores, em razão das consequências advindas das decisões judiciais em relação ao poder público, bem como dos bens jurídicos protegidos por meio de tal atuação judicial (direitos sociais) os quais compõem os denominados direitos fundamentais.

Do mesmo modo, merecem destaque no estudo do tema os debates relacionados aos princípios constitucionais e os principais argumentos acerca dos limites de atuação do poder judiciário, destacando-se o princípio da separação dos poderes e argumentos de ordem econômica, face à escassez dos recursos do poder público para suprir todos os direitos garantidos constitucionalmente.

Assim, observa-se que as questões relacionadas à jurisdição constitucional não se limitam única e exclusivamente à esfera de interpretação da Constituição Federal, mas, sim, abarcam o problema decorrente das consequências que a fixação casuística do conteúdo de direitos fundamentais pode trazer para o ordenamento jurídico e a segurança jurídica das relações envolvendo o poder público, na medida em que a sensação de discricionariedade das decisões — dando efetividade a determinados direitos fundamentais de alguns cidadãos — traz à tona a discussão acerca da possibilidade de tal ativismo judicial, bem como eventuais limites para tal atuação.

Nesse contexto, o estudo acerca da teoria da tripartição dos poderes, a discricionariedade administrativa na fixação e estabelecimento de políticas públicas, bem como o ativismo judicial e a busca de parâmetros e limites para sua atuação traduzem-se em questões relevantes para o aprimoramento e a manutenção do Estado Democrático e de Direito.

## 2. DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES: LEGISLATIVO, EXECUTIVO E JUDICIÁRIO

Nossa Constituição proclama a independência e a harmonia entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, corolário do princípio da separação dos poderes, surgido como forma de proteção dos direitos fundamentais contra o exercício arbitrário do poder por parte do governante.

No tocante à matéria, é possível encontrar menções à teoria da separação dos poderes na antiguidade (em Platão e Aristóteles), na época medieval (em Santo Tomás de Aquino e Marsílio de Padua) e na época moderna (por meio de Bodin e Locke).<sup>1</sup>

A denominada “tripartição dos poderes” foi proposta por Montesquieu em sua obra “O Espírito das leis”. Segundo o autor, tal divisão tem como objetivo impedir que um Poder se sobreponha ao outro, surgindo o que se convencionou chamar de “sistema de freios e contrapesos”, de tal forma que incumbe a todos os poderes a tarefa de fiscalizar uns aos outros.

1 MENEZES, Anderson. *Teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 246.

Assim, em um Estado Democrático e de Direito, é necessária a existência de um esquema de equilíbrio e harmonia entre os referidos poderes constitucionalmente instituídos, de modo que todos possuam limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.<sup>2</sup>

Conforme se infere na presente Carta Maior, a separação dos poderes<sup>3</sup> se encontra expressamente disposta no art. 2º da Constituição Federal, que prevê que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

No entanto, verifica-se que o princípio da separação e independência dos Poderes, como pondera Sepúlveda Pertence, não possui uma fórmula universal e apriorística completa.<sup>4</sup>

Corroborando o entendimento, Kelsen<sup>5</sup> leciona que o conceito de separação de poderes designa princípio de organização política. Para ele, contudo, não há três, mas, sim, duas funções básicas a serem exercidas pelo Estado, quais sejam: a criação e a aplicação do Direito. A propósito, veja-se:

Não é possível definir fronteiras separando essas funções entre si, já que a distinção entre criação e aplicação de Direito — subjacente ao dualismo de poder legislativo e executivo (no sentido mais amplo) — tem apenas um caráter relativo.<sup>6</sup>

Nesse sentido, há no Brasil uma separação de funções e não de Poderes, uma vez que todos os “poderes” estão abaixo da Constituição. Em outras palavras, trata-se da premissa hermenêutica de que o poder estatal é um só, materializado na Carta Maior, da qual se extrai que a separação das funções tem como objetivo viabilizar a máxima efetividade das normas constitucionais<sup>7</sup>.

Com base nesse sistema de separação de funções, a execução das políticas públicas fica a cargo da Administração Pública (Poder Executivo) cabendo, entretanto, ao Poder Judiciário a missão de fiscalizar a atuação daquela. Nesse aspecto, veja-se: “A lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão a Direito”.<sup>8</sup>

Ao concluir que a separação de poderes não é um fim em si mesmo, observa-se que a característica primordial do movimento constitucionalista foi afirmar os direitos fundamentais, em todas suas gerações, como epicentro do sistema jurídico<sup>9</sup>.

Nessa senda, verifica-se que a questão que sempre causa celeuma se deve à discussão sobre os limites da intervenção do Poder Judiciário na execução das políticas públicas planejadas pelo Administrador Público. Aliás, para muitos, “a concretização de direitos sociais implicaria a tomada de opções políticas em cenários de escassez de recursos”<sup>10</sup>. Desse modo, é necessário analisar a responsabilidade de proteção dos direitos fundamentais e sociais pelo Estado a fim de verificar seu modo de atuação, uma vez que é absurdo considerar o princípio da separação de poderes como entrave à efetivação de direitos fundamentais, já que esta interpretação aniquila a própria efetividade da separação dos poderes.<sup>11</sup>

2 PEREIRA Francisco Antônio Rodrigues. *Ativismo judicial e a ideia de atividade política do Poder Judiciário*: perfil e limitações. 2008. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2008. p. 24.

3 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 abr. 2015.

4 Neste sentido, vide ADI 183/MT. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 183-3/MT*. Tribunal Pleno. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 07 de agosto de 1997. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14699993/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-183-mt>> Acesso em: 22 abr. 2014.

5 KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins fontes, 1990. p. 265.

6 KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins fontes, 1990. p. 265.

7 FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 37.

8 art. 5º, XXXV da CF. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 abr. 2015.

9 FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 38.

10 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria da constituição e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 44.

11 FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 38.



### 3. OS DIREITOS SOCIAIS E SUA PROTEÇÃO PELO ESTADO

Os direitos sociais são considerados, nas lições de Robert Alexy, como direitos universais morais fundamentais preferenciais e abstratos<sup>12</sup> e caracterizam-se como direitos a prestações sociais estatais, como o direito à saúde, o direito à moradia e outros dispostos na Constituição.

Desse modo, tem-se, nessa perspectiva, exigência em face do Estado, no sentido de que este preste políticas públicas, impondo-se ao Estado uma obrigação de fazer, ou seja uma atuação positiva.

É tamanha a importância da atuação positiva frente aos direitos sociais que se encontra expresso o dever constitucional de agir e de não se abster frente às demandas sociais de modo a não afetar a efetividade dos direitos previstos na Carta Política.

Com efeito, os artigos 3º, I; 1º, IV; 5º, XXIII; 6º e 220 da Constituição Federal são alguns exemplos de direitos sociais de qual a Carta Magna está imbuída. Nessa linha, o maior ponto de concentração desses direitos encontra-se de modo expresso no Capítulo II, do Título II da Constituição Federal, que gerou à Carta Magna a denominação de “Constituição Dirigente” por estarem dispostos as espécies dos Direitos e Garantias Fundamentais e o objetivo fundamental da república Federativa Do Brasil (art. 3º, III, parte final, CF).

Tudo que o dispositivo constitucional do art. 6º afirma serem direitos sociais (a exemplo disso: direito social à educação, saúde, trabalho, segurança e previdência social) são de absoluto dever do Estado de efetiva-los. Nesse sentido, as políticas públicas podem ser conceituadas como ações governamentais ou programas desenvolvidos pelo Estado de modo direto ou indiretamente, com a participação de entes públicos ou privados, que visam assegurar os direitos sociais constitucionalmente previstos.

Nesse aspecto, observa-se que um dos primeiros problemas para a proteção dos direitos sociais pelo Estado refere-se a sua onerosidade face à escassez dos recursos públicos. Contudo, além das questões de ordem econômica, há de se observar, também, que o ativismo judicial encontra entraves de *ordem jurídica*, decorre da questão de muitos desses direitos sociais terem sido trazidos à Constituição Federal na condição de normas constitucionais programáticas<sup>13, 14 e 15</sup>.

Com relação à efetivação das políticas públicas voltadas para a proteção de direitos sociais, observa-se que a discussão existente guarda relação com a temática relacionada à eficácia e à aplicabilidade das normas constitucionais.

Neste aspecto, Elival da Silva Ramos opina pela impossibilidade de efetivação de normas sociais programáticas pelo Poder Judiciário:

12 ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

13 Cf. Miguel Calmon Dantas: “A nota típica das constituições que fixam objetivos e tarefas para o Estado quanto ao contexto social e econômico, como também no respeitante dos direitos fundamentais em geral, especialmente aos direitos sociais, é a feição programática”. DANTAS, Miguel Calmon Dantas. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 267.

14 O conceito de “normas constitucionais programáticas” é basicamente o mesmo, apesar das diversas classificações de normas constitucionais. CRISAFULLI apud TAVARES, André Ramos Tavares. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 85.), p. ex., fala em normas constitucionais autoaplicáveis e normas dependentes de complementação, sendo estas subdivididas em normas de legislação e normas programáticas. Já Zagrebelsky faz a classificação em normas de eficácia direta e indireta, sendo estas divididas em normas de eficácia diferida, normas de princípio e normas programáticas. ZAGREBELSKY apud TAVARES, André Ramos Tavares. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 85-86.

15 Vale lembrar que, atualmente, boa parte da doutrina dispensa essa classificação dicotômica entre normas constitucionais diretas e não diretas. Nesse sentido, Clèmerson Merlin Clève: “[...] se é certo que um determinado entendimento é partilhado pela doutrina, lamentavelmente, ele não sensibilizou, ainda, o Supremo Tribunal Federal que, neste particular, insiste em trabalhar com a surrada e insuficiente dicotomia das normas constitucionais que as separa em auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. O problema da legitimação do Poder Judiciário e das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. In: JUNG, Winfried (Org.). *A constituição democrática brasileira e o Poder Judiciário*. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999. (Debates, 20). p. 208-219. p. 213.

Não é dado ao Poder Judiciário definir, discricionariamente, o nível de eficácia de norma constitucional, em sede de direitos fundamentais ou não. Se a análise dos elementos interpretativos pertinentes, com destaque, na espécie, para os de ordem sistemática, histórica e teleológica, bem como, secundariamente, para os dados extraídos da realidade material, indica a natureza programática da norma-matriz, não é lícito à Corte Constitucional, sob o argumento da fundamentalidade do direito nela expresso, conjugando com referências genéricas ao princípio da força normativa, ignorar a opção prescritiva adotada, inequivocamente, pela Constituição, a qual torna dependente de providências integrativas de amplo espectro (que vão da formulação de políticas públicas adequadas à sua cabal execução, abrangente de medidas legislativas, administrativas — normativas e não normativas — e orçamentárias) a implementação efetiva do direito comparado.<sup>16</sup>

Especificamente em relação a esse tema, a doutrina classifica tais normas em três categorias distintas.

A primeira categoria abrange as normas constitucionais de eficácia plena, que seriam aquelas nas quais é possível sua aplicação de maneira direta, imediata e integral, não necessitando de outra norma infraconstitucional que a complemente. Deste modo, possuem elas todos os elementos necessários à sua executoriedade. São normas que têm aplicação imediata, independentemente de regulamentação posterior, não estando passíveis de terem os seus efeitos restringidos posteriormente.<sup>17</sup>

A segunda categoria abrange as denominadas normas constitucionais de eficácia limitada.<sup>18</sup> Nessa categoria estão as normas constitucionais que não produzem a plenitude de seus efeitos, dependendo da integração da lei. Desse modo, tal categoria contém os elementos necessários para sua executoriedade. Costumeiramente, essa categoria se subdivide em “normas constitucionais de eficácia limitada definidoras de princípio institutivo ou organizativo”<sup>19</sup> (ou normas constitucionais de princípio institutivo) e “normas constitucionais de eficácia limitada definidoras de princípio programático ou normas constitucionais de princípio programático”<sup>20</sup> (que são aquelas que estabelecem programas constitucionais a serem seguidos pelo executor). Observe-se que, apesar de — segundo parte da doutrina — não possuírem aplicação imediata, tais normas servem como vetores para o administrador público, mostrando-lhe a direção básica, os princípios e as finalidades que o legislador infraconstitucional deverá seguir, sob pena de violar a ordem constitucional vigente.

Por fim, segundo a doutrina de Silva, tem-se as denominadas normas constitucionais de eficácia contida.<sup>21</sup> Segundo o referido autor, são normas que possuem natureza de normas imperativas, que limitam o Poder Público. Tais normas, em regra, consagram direitos subjetivos de indivíduos e entidades públicas ou privadas e as regras que reduzem o âmbito de eficácia dessas normas consubstanciam-se em limitações a tais direitos subjetivos.<sup>22</sup>

Desse modo, nas normas constitucionais de eficácia contida, o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem para a atuação restritiva, a ser exercida por meio da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciadas.<sup>23</sup> Nesse cenário, a regulamentação dada pelo legislador para as normas constitucionais de eficácia contida deve ser a mais restrita possível, pautando-se apenas pelo limite do absolutamente necessário para assegurar o exercício da liberdade de cada um em harmonia com os preceitos constitucionais.

16 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 266.

17 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros 2012.

18 Maria Helena Diniz as denomina de normas constitucionais de eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa. DINIZ apud SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

19 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 118.

20 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 118.

21 Michel Temer as denomina de normas constitucionais de eficácia redutível ou restringível. TEMER apud SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

22 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. 113-114.

23 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 114.

Segundo sugere José Afonso da Silva, as normas definidoras de direitos prestacionais possuem eficácia limitada e não produzirão todos os efeitos até a edição de legislação regulamentadora ulterior. Nessa perspectiva, a atuação do Poder Judiciário limitar-se-ia somente àquilo que estaria regulamentado.<sup>24</sup>

Ainda com relação às políticas públicas, destaque-se que a Administração tem o dever de realizar os direitos sociais dos cidadãos, cabendo ao Judiciário a avaliação dos atos administrativos, o que deve ser feito sempre sob a perspectiva dos direitos fundamentais sociais. Ressalta-se que essa atitude não pode ser vista como judicialização da política<sup>25</sup>, dado que não haveria outra alternativa ao Judiciário do que determinar a situação de extrema gravidade, urgência e injustiça exigindo-se, sempre, a aplicação da lei, não podendo o orçamento público ser considerado esfera intocável pelo Judiciário.<sup>26</sup>

Nesse aspecto, os magistrados contam com uma atuação criativa com soluções que são capazes de promover a estabilidade social mediante o atendimento das necessidades básicas da população, não podendo ser considerados simples instrumentos mecânicos de aplicação do Direito.<sup>27</sup>

Assim, restando evidenciada a legitimidade do Poder Judiciário em promover soluções criativas buscando a estabilidade social, cabe abordar a discussão quanto ao conceito e parâmetros da discricionariedade conforme a ótica garantista dos direitos fundamentais proveniente do movimento constitucional.

Segundo preconiza a doutrina, a discricionariedade pode ser verificada na definição de políticas públicas realizadas pelo administrador ao elaborar o orçamento anual de investimentos e custeio da estrutura administrativa em que deve ser proposta a melhor forma de investimento de recursos públicos. No caso do Poder Judiciário, a discricionariedade não pode ser arbitrária, mas, sim, vinculada, determinando a tomada de decisão entre duas ou mais soluções que sejam válidas conforme o Direito, ou seja, a discricionariedade é tomada de decisão entre as possíveis alternativas reguladas por lei.<sup>28</sup>

Além disso, a decisão do magistrado deve estar permeada pela ponderação da moralidade e razoabilidade, de modo a evidenciar a interligação entre esses dois princípios, uma vez que devem existir critérios razoáveis ao serem tomadas decisões discricionárias.

Nesse sentido, como bem dispôs Robert Alexy,<sup>29</sup> o Judiciário, no caso do controle de políticas públicas, deve ser encarado como uma das funções da soberania do Estado em ação, atuando para suprir a omissão ou ausência do legislador ou da Administração procurando, sempre, buscar a proteção dos Direitos fundamentais sociais constitucionalmente instituídos e a democracia.

#### 4. DO ATIVISMO JUDICIAL

Primeiramente deve ser esclarecido que a judicialização de temas constitucionalizados não significa, por si só, ativismo judicial. Ativismo judicial, nos dizeres de Roberto Barroso, corresponde:

[...] uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações sequer há

24 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 165.

25 BARUFFI, Helder (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos em homenagem aos 60 anos da declaração universal dos direitos humanos e aos 20 anos da Constituição Federal*. Dourados (MS): UFGD, 2009. p. 231.

26 BARUFFI, Helder (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos em homenagem aos 60 anos da declaração universal dos direitos humanos e aos 20 anos da Constituição Federal*. Dourados (MS): UFGD, 2009. p. 235.

27 BARUFFI, Helder (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos em homenagem aos 60 anos da declaração universal dos direitos humanos e aos 20 anos da Constituição Federal*. Dourados (MS): UFGD, 2009. p. 237.

28 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 57.

29 ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

confronto, mas mera ocupação de espaços vazios<sup>30</sup>

Já a judicialização, como indica José de Ribamar, equivale à ideia de transformações de questões políticas e jurídicas bem como seu trânsito pelos tribunais, sendo considerada natural, levando-se em conta o fenômeno da constitucionalização do direito.<sup>31</sup>

O primeiro óbice apontado pelos que adotam a posição contrária ao controle judicial de políticas públicas é a falta de legitimidade do magistrado, uma vez que os juízes não são eleitos para o pleito e, mesmo nos países que são eleitos, não o são para a função de elaborar o direito.<sup>32</sup>

Nessa linha, há, ainda, aqueles que adotam o entendimento no sentido de que a concretização de direitos sociais pelo Poder Judiciário contrariaria a lógica da separação dos poderes por compreendem que a implementação de políticas públicas competiria aos poderes Legislativo e Executivo, que “por terem sido eleitos, representariam melhor a vontade da maioria e, por conseguinte, o princípio democrático”.<sup>33</sup>

Alega-se também que instalar um tribunal como árbitro do processo de poder leva à judicialização da política, o que pode ser extremamente prejudicial especialmente no que tange à imparcialidade dos juízes, requisito crucial para a jurisdição, uma vez que o jogo político, como afirma Américo Bedê, é incompatível com posições neutras ou imparciais<sup>34</sup>. Além disso, o sistema governamental seria transformado em um domínio de juízes, ou seja, nos termos de Loewenstein, se transformaria em uma “judiocracia” (governo de mil tiranos).<sup>35</sup>

Para analisar os argumentos suscitados, é importante esclarecer, preliminarmente, que o ativismo não se limita à mera atividade de criação do juiz. Isso porque uma decisão judicial deve ser considerada inclusive no “efeito dominó” que pode ocasionar. Nesse sentido, tem razão Elival da Silva Ramos, em temer que, no rastro de uma decisão que determina o atendimento em creche e pré-escola as crianças, numa determinada faixa etária, se pleiteie junto ao Judiciário o direito social à moradia, afinal, foi-se o tempo em que normas sociais programáticas tinham conotação política<sup>36</sup>.

Há, entretanto, entendimento contrário, no sentido de que, por se tratarem de direitos fundamentais do indivíduo, não é lícito à Administração Pública omitir-se na proteção de tais direitos, de tal forma que poderia o Poder Judiciário intervir nessas questões.

Segundo esse último posicionamento, cabe ao poder judiciário, ao aplicar as normas constitucionais previsoras de direitos fundamentais, a tarefa de interpretá-las de modo a possibilitar a aplicabilidade imediata de tal direito.<sup>37</sup>

Corroborando com o entendimento, argumenta Adriana Schier que o Estado deve desenvolver políticas públicas com a finalidade de estender a todos os indivíduos os direitos fundamentais e sociais e materializar

30 BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *RFD: Revista da Faculdade de Direito*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. p. 8.

31 SOARES, José de Ribamar Barreiros. *Ativismo judicial no Brasil: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política*. 2010. 193 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Ciência Política, Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasília, 2010. p. 7.

32 FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 51.

33 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais*. 2005. 185 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005. p. 15.

34 FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 52.

35 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964. p. 325.

36 As normas sociais programáticas com conotação política ganharam o desprezo da doutrina constitucionalista majoritária, dada a carência de efetividade destas, condicionadas à boa-vontade dos agentes públicos, obstruídas pela burocracia e falta de planejamento. Neste sentido, Andreas J. Krell: “Outros autores não aceitam a expressão normas “programáticas”, visto que, no passado, essa foi utilizada para enfatizar um pretensão caráter não jurídico e meramente político das mesmas, com a finalidade de criar um bloqueio para sua efetividade”. KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. os descaminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002. p. 20.

37 PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 90-91.

uma ordem social mais justa. Nesse modelo, ocorre o reforço da independência da função judiciária e consequente aumento de seu papel no controle de atividades dos demais poderes.<sup>38</sup>

Assim, é possível afirmar-se que o ativismo judicial, em que pese as críticas que geralmente lhe são feitas, pode contribuir para a efetiva proteção dos direitos dos cidadãos. Contudo, tal ativismo pode trazer consequências para a gestão administrativa, eis que eventuais políticas públicas elaboradas para atender determinada necessidade social podem ser afetadas em razão do citado ativismo judicial.

## 5. PODER JUDICIÁRIO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Segundo Appio, as políticas públicas têm como finalidade procurar garantir a igualdade de oportunidades para todos os cidadãos, assegurando-lhes as condições materiais para uma existência digna. São, em suma, instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade.<sup>39</sup>

Importante destacar as questões de ordem econômica, consistentes no fato de serem os direitos sociais extremamente problemáticos aos cofres públicos porque, apesar de dispendiosos, são geralmente destinados a atender a um interesse individual e não coletivo, o que faz com que escolhas de interesse predominante necessitem ser feitas, desde que respeitado um mínimo existencial de cada cidadão.<sup>40</sup> Sendo assim, é inexigível ao Estado que cada brasileiro tenha uma casa para morar, ou que a rede pública forneça todos os medicamentos possíveis para todas as enfermidades, ou que a segurança pública seja desempenhada de maneira profícua e suficiente. Disso decorre a chamada “reserva do possível”, com berço no Tribunal Constitucional Federal alemão.

Sobre o tema, Ana Carolina Lopes Olsen opina:

[...] a reserva do possível determina que um direito só poderá ser exigido dentro das condições fáticas existentes. Todavia, a partir desta noção, verifica-se certa insegurança na doutrina e na jurisprudência quando se faz necessária uma referência à reserva do possível, sendo que alguns tratam-na como princípio, outros como cláusula ou postulado, e outros são mais específicos ao tratá-la como condição de realidade [...]. Diante desse quadro parece mais adequado tratar exclusivamente de “reserva do possível”, como uma condição da realidade que influencia na aplicação dos direitos fundamentais.<sup>41</sup>

Ana Paula de Barcellos, com propriedade, sintetiza que

[...] a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase infinitas a serem por ele supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.<sup>42</sup>

Ante o acima mencionado, infere-se que, por “reserva do possível”, entende-se o reconhecimento honroso estatal de sua incapacidade em atender às necessidades ilimitadas da população, dados seus recursos,

38 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na Administração Pública*. o direito de reclamação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 71.

39 APPIO, Eduardo Fernando. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 2004. 473 f. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004. p. 136.

40 Vidal Serrano explica o “mínimo”: “O chamado conteúdo mínimo aponta que cada direito tem um núcleo mínimo irremissível, associado à sua própria razão de ser. Evoca, assim, uma abstração que enuncia a essência do direito cogitado, que não pode ser objeto de supressão ante qualquer panorama histórico ou ante quaisquer eventuais limites. Já o chamado mínimo vital opera com vetores quantitativos, ou seja, aponta quais as necessidades mínimas que um ser humano, se por sê-lo e exatamente para preservá-lo em sua dignidade, deve observar”. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positividade e exigibilidade dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 72.

41 OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 199-200.

42 BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 236.



limitados. Para maximizar esforços e ampliar resultados, o Estado se utiliza de auxiliares, como quando se vale da concessão, permissão e autorização de serviços públicos<sup>43</sup>, quando recebe auxílio do chamado “Terceiro Setor”, e quando permite a exploração, pela iniciativa privada, de algumas dessas atividades, como o ensino privado (art. 197, CF) e a saúde particular (art. 195).

Contudo, tratando-se de um direito fundamental do indivíduo, o mero argumento do “economicamente possível” não pode ser visto de forma isolada, mas, sim, em função de todo um conjunto de elementos e prioridades a ele relacionados, visando, sempre, a manutenção da dignidade da pessoa humana. Nesse aspecto, observe-se que todos os direitos possuem custo de efetivação e são pagos direta ou indiretamente, em geral, por políticas públicas governamentais (que são custeadas por recursos orçamentais viabilizados por pagamentos de tributos e demais fontes de receitas) e por serviços públicos.<sup>44</sup>

Desse modo, é possível concluir que mesmo a alegação de falta de aporte financeiro não descaracteriza a omissão do Poder responsável frente a encargo de caráter mandatório na realização de políticas públicas em prol de direitos sociais, uma vez que os indicadores constitucionais que parametrizam o mínimo essencial da dignidade humana não podem ser desconsiderados nem pelo setor público nem pelo privado. Logo, tal alegação não constitui argumento válido que afaste a possível intervenção Judiciária frente à necessária efetivação de políticas públicas.

Para proteger o cidadão em face de eventuais violações a sua dignidade, passou-se a defender a existência de um “mínimo existencial”, o qual, segundo a doutrina internacional e alguns doutrinadores jurídicos nacionais, como Ricardo Lobo Torres, corresponderia a condições mínimas para uma vida humana digna<sup>45</sup>, ou seja, condição mínima de subsistência de modo que a dignidade humana e as condições materiais não retrocedam além do mínimo. No âmbito da doutrina internacional, Canotilho<sup>46</sup> enxerga a efetivação de referido mínimo existencial na dimensão dos direitos sociais e outros direitos como econômicos e culturais.

A partir dessa perspectiva, a limitação de recursos públicos se torna verdadeira limitação fática à efetivação dos direitos sociais prestacionais, o que implicaria relativizar a concepção destes direitos frente a argumentos vinculados aos recursos disponíveis. Ou seja, seria a concepção de que os Direitos Fundamentais Sociais seriam dependentes aos recursos econômicos existentes.<sup>47</sup>

Que isso não signifique, contudo, que se obste o Judiciário, indistintamente, implementar tais espécies de normas. Até, porque, consoante expressa disposição constitucional, cabe ao Poder Judiciário manifestar-se sobre lesão ou ameaça de lesão a direitos.

Assim, tem-se que, em determinadas hipóteses, é possível o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. E uma dessas hipóteses refere-se à implementação de políticas públicas.

Contudo, entende-se que tal “ativismo” seja feito com *critérios*, ou seja: por meio de elementos que confeririam ao fenômeno boa dose de racionalidade, colocando fim ao mero estado de consciência do julgador que costuma nortear essas decisões.

43 art. 175 e seguintes. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 abr. 2015

44 NOVAK, William J. *The people's welfare: law and regulation in nineteenth-century America*. Boston: Harvard University Press, 2006. p. 49.

45 TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-46. p. 26.

46 CANOTILHO, José J. Gomes; MOREIRA, Vital Moreira. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991

47 CANOTILHO, José J. Gomes; MOREIRA, Vital Moreira. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 45.

## 6. EM BUSCA DE LIMITES E PARÂMETROS PARA O ATIVISMO JUDICIAL

A reserva do possível costuma ser utilizada como uma espécie de limitação à intervenção do Poder Judiciário.<sup>48</sup> Observe-se, entretanto, que, na hipótese dos Poderes Executivo e Legislativo, não promoverem as condutas necessárias para o rearranjo financeiro do Estado, a fim de que seus objetivos fundamentais possam ser materialmente alcançados no tempo, caberá ao poder Judiciário intervir, mediante atividade tipicamente jurisdicional, nas respectivas políticas públicas.<sup>49</sup>

Tal possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em sede de políticas públicas deve realizar-se de forma razoável e proporcional, buscando-se a garantia do mínimo existencial.<sup>50</sup>

Assim, ao apreciar determinada política pública, o poder judiciário deve analisar todos os elementos que a envolvem, sob pena de ocorrer invasão indevida na esfera própria da atividade política de governo.<sup>51</sup>

De todo modo, a reserva do possível não pode ser analisada de modo subjetivo por quem não concorda com a decisão e não pretende cumpri-la. A depender das circunstâncias fáticas, pode ser necessário o cumprimento obrigatório de uma decisão, como no caso da concessão de remédios para a garantia do direito fundamental à saúde.<sup>52</sup>

Nesse aspecto, veja-se que no julgamento do AI 734.487-AgR manteve-se o posicionamento de que o direito a saúde é constitui-se como uma prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. Assim, consoante restou decidido naquela oportunidade, é plenamente possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes.<sup>53</sup>

Observe-se, no entanto, que tal decisão limita a atuação do poder judiciário às hipóteses em que o poder público não cumpriu com suas obrigações constitucionalmente previstas. Caso contrário haveria, de fato, a ingerência do poder judiciário em relação à Administração Pública, violando, no nosso entender, o princípio da separação dos poderes.

Assim, quando o Poder Público se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional transgride frontalmente os direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, dando azo a atuação estatal.

Como sabemos, a decisões judiciais devem ser devidamente fundamentadas. Em razão de tal exigência, a doutrina aponta a reserva de consistência como relevante fundamento para a autocontenção, afirmando que as interpretações judiciais exigem uma reserva de consistência para se sobreponem às interpretações legislativas impedindo o juiz de efetivar políticas públicas de certa complexidade. Ou seja, o princípio da necessidade de fundamentação das decisões judiciais acabaria constituindo-se como um limitador para o ativismo judicial em determinadas situações.<sup>54</sup>

48 GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 149.

49 CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a 'reserva do possível': dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 225-236. p. 233.

50 GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 149.

51 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 23.

52 FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 77.

53 AI 734.487-AgR, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 20.8.2010. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento. *AI 734.487-AgR*. Segunda Turma. Agravante: Estado do Paraná. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, 03 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613652>>. Acesso em: 22 abr. 2014.

54 FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 120.

Do mesmo modo, também é certo que a variável econômica ganha relevância em sede de ativismo judicial e efetividade de direitos. Contudo, apesar dela encontrar-se intimamente vinculada às condições e possibilidades de execução de políticas públicas em prol da defesa e efetivação dos direitos sociais, a mesma não é condição imutável, devendo ser vista como condição a ser constituída previamente pelos atores políticos e sociais que são constitucionalmente responsáveis.<sup>55</sup>

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 410715/SP<sup>56</sup>, de relatoria do Min. Celso de Mello (DJ 03.02.2006), manifestou-se no sentido de que a prerrogativa constitucional de formular e executar políticas públicas reside primordialmente nos Poderes Legislativo e Executivo, sendo possível, no entanto, que o Poder Judiciário, ainda que de modo excepcional (e, especialmente, nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Carta Magna) determine que tais políticas sejam implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes. Em outras palavras, firmou-se o entendimento de que é possível o ativismo judicial quando ficar caracterizada a omissão ou o descumprimento dos encargos políticos de caráter mandatório, de modo a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais.

Assim, a atuação do Poder Judiciário em situações de lesão a direitos fundamentais passa a ter respaldo constitucional. Aliás, segundo Ana Paula de Barcellos<sup>57</sup> o “neoconstitucionalismo” gerou a defesa de um novo paradigma constitucional no Brasil correspondente à superioridade e a centralidade da Constituição tendo como efeitos o reconhecimento da força normativa, a expansão da jurisdição constitucional e a nova interpretação constitucional

Como essas características sempre estiveram presentes no constitucionalismo em si, sobressai nas atuais decisões brasileiras um tipo de constitucionalismo ativista fortemente marcado por uma retórica de forte moralismo jurídico.<sup>58</sup>

A modernidade, como dialoga Dieter Grimm,<sup>59</sup> faz com que o direito extraia sua fundamentação da política e esta passa a estar condicionada e limitada por ele, o que não exclui a exigência de nas decisões existir um sopesamento de normas, princípios e valores.

Assim, o ativismo judicial deve pautar-se segundo os interesses em discussão no caso concreto, adotando-se a decisão mais apta ao atingimento dos fins objetivados pela norma, respeitando-se as diretrizes estabelecidas pela Constituição Federal e os atributos e características inerentes à atuação de cada um dos “poderes” constitucionalmente estabelecidos.

Nesse sentido, tem-se que, em se tratando de ato administrativo discricionário, deve o juiz decidir se o administrador agiu dentro do espaço de conveniência e oportunidade que a lei lhe conferiu. Isso porque tais atos devem ser praticados dentro dos padrões de razoabilidade e proporcionalidade estabelecidos.

Logo, se o administrador praticou o ato dentro dos referidos limites, tem-se que o ato é compatível com a lei e a ordem jurídica, razão pela qual não há que se falar em alteração pelo poder judiciário. Contudo, caso ele viole o interesse público ou legalidade, a revisão judicial é medida que se impõe.

55 LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficácias dos direitos fundamentais sociais: o desafio do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 97.

56 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. *RE-AgR 410715/SP*. Segunda Turma. Agravante: Município de Santo Andre. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 22 de novembro de 2005. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Educacao/Jurisprudencia/STF%20-%20Creche%20-%20RE-AgR\\_410715.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Educacao/Jurisprudencia/STF%20-%20Creche%20-%20RE-AgR_410715.pdf)> Acesso em: 22 abr. 2014.

57 BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n.15, jan./mar. 2007. p. 2.

58 DIMOULIS, Dimitri. *Anotações sobre o neoconstitucionalismo (e sua crítica)*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, mar. 2008. (Working Paper). p. 17.

59 GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 9.

## 7. CONCLUSÃO

A denominada independência e harmonia entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário tem como objetivo principal a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos contra o exercício arbitrário do poder por parte do governante.

Do mesmo modo, a Constituição Federal proclama que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão a Direito.

Logo, ficando caracterizada — no caso concreto — a omissão do poder público, torna-se possível o ajuizamento de ações perante o Poder Judiciário, com vistas à proteção do direito lesado.

A atuação do Judiciário, ao intervir na determinação de execução de procedimentos para cumprimento de políticas públicas, não faz com que o Judiciário aproprie-se das funções do Poder Executivo. Trata-se de correção de omissão estatal, bem como a compreensão de que o magistrado não pode ser encarado como mero aplicador mecânico da lei. Deve, sim, buscar atender o interesse maior (consistente na proteção do indivíduo) e que constitui a razão de existência do Estado, justificando a atuação do Judiciário em resgatar a efetivação das previsões constitucionais.

Por isso, tratando-se de direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, tem-se que o Poder Judiciário possui legitimidade para a efetivação de tais direitos. Contudo, não pode o juiz fixar amplamente políticas públicas ou discricionariamente escolher uma solução política para o caso, uma vez que se trata de uma atuação que deve observar limites.<sup>60</sup>

Tal “ativismo”, no entanto, deve ser feito com critérios, ou seja: por meio de elementos que confeririam ao fenômeno boa dose de racionalidade, colocando fim ao mero estado de consciência do julgador que costuma nortear essas decisões.

A decisão judicial deve levar em consideração a razoabilidade da pretensão manejada junto ao Poder Judiciário (com base no princípio do mínimo existencial) e, também, a existência de disponibilidade financeira do Estado a fim de tonar concretas e efetivas as prestações que lhes são exigidas.

Assim, deve o magistrado pautar-se pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de modo a adotar a melhor decisão para o caso concreto, sem deixar de observar os valores e direitos constitucionais pleiteados e a cláusula da reserva do possível orçamentário com base nas verbas públicas disponíveis para a execução de determinada política pública.<sup>61</sup>

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

APPIO, Eduardo Fernando. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 2004. 473 f. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais*. 2005. 185 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005.

60 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 232.

61 HESS, Heliana Maria Coutinho. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, p. 257-274, abr. 2011.

- BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n.15, jan./mar. 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *RFD: Revista da Faculdade de Direito*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.
- BARUFFI, Helder (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos em homenagem aos 60 anos da declaração universal dos direitos humanos e aos 20 anos da Constituição Federal*. Dourados (MS): UFGD, 2009.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 abr. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 183-3/MT*. Tribunal Pleno. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 07 de agosto de 1997. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14699993/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-183-mt>> Acesso em: 22 abr. 2014
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento. *AI 734.487-AgR*. Segunda Turma. Agravante: Estado do Paraná. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, 03 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613652>>. Acesso em: 22 abr. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. *RE-AgR 410715/SP*. Segunda Turma. Agravante: Município de Santo Andre. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 22 de novembro de 2005. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Educacao/Jurisprudencia/STF%20-%20Creche%20-%20RE-AgR\\_410715.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Educacao/Jurisprudencia/STF%20-%20Creche%20-%20RE-AgR_410715.pdf)> Acesso em: 22 abr. 2014.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a ‘reserva do possível’: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 225-236.
- CANOTILHO, José J. Gomes; MOREIRA, Vital Moreira. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. O problema da legitimação do Poder Judiciário e das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. In: JUNG, Winfried (Org.). *A constituição democrática brasileira e o Poder Judiciário*. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999. (Debates, 20). p. 208-219.
- DANTAS, Miguel Calmon Dantas. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DIMOULIS, Dimitri. *Anotações sobre o neoconstitucionalismo (e sua crítica)*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2008. (Working Paper).
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- HESS, Heliana Maria Coutinho. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, p. 257-274, abr. 2011.



- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990.
- KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.
- LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficácias dos direitos fundamentais sociais: o desafio do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964.
- MENEZES, Anderson. *Teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- NOVAK, William J. *The people's welfare: law and regulation in nineteenth-century America*. Boston: Harvard University Press, 2006.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.
- PEREIRA, Francisco Antônio Rodrigues. *Ativismo judicial e a ideia de atividade política do Poder Judiciário: perfil e limitações*. 2008. f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SOARES, José de Ribamar Barreiros. *Ativismo judicial no Brasil: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política*. 2010. 193 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Ciência Política, Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasília, 2010.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria da constituição e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TAVARES, André Ramos Tavares. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- TORRES, Ricardo lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-46.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.