

REFLEXÕES SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

REFLECTIONS ON THE POLICY JUDICIALIZATION

Wander Henrique de Almeida Costa
Neiva De Fátima Araújo Basílio

RESUMO

Esta pesquisa busca desvelar a possibilidade da concretização do Estado Democrático de Direito através do fenômeno denominado de Judicialização da Política, procedimento por meio do qual se revelam a competência e a ação do Poder Judiciário, para garantia de direitos fundamentais do cidadão. Intensas discussões, reflexões e críticas têm sido provocadas acerca desse fenômeno característico de sociedades democráticas.

Nesse contexto, o artigo busca refletir sobre a efetivação dos direitos fundamentais, alcançados pela sociedade pós-moderna, através do Poder Judiciário. Nesta perspectiva, o direito se apresenta buscando codificar e impregnar de justiça as relações humanas. A medida que o homem evolui em busca de conhecimento científico e desenvolvimento, o acesso a justiça vai se formatando na perspectiva do mundo da vida, dentro de um novo viés.

Em um mundo de recursos escassos, a conquista de direitos depende de um processo de luta. Todavia, para tornar efetivos estes direitos, novas lutas são empreendidas, cabendo, no paradigma do Estado Democrático de Direito, ao Poder Judiciário, transformar-se na alavanca do homem-social, para concretização na realidade da vida, dos direitos disponíveis em um plano formal.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da política; Constituição; Separação dos Poderes

ABSTRACT

This research seeks to uncover the possibility of realizing the democratic rule of law through the phenomenon called Judicialization Policy, procedure by which reveal the power and action of the Judiciary, to guarantee the fundamental rights of citizens. Intense discussions, reflections and criticisms have been brought about this phenomenon is characteristic of democratic societies.

In this context, the article seeks to reflect on the enforcement of fundamental rights, achieved by post-modern society, through the judiciary. In this perspective, the right appears fetching code of justice and impregnate human relations. As man evolves in pursuit of scientific knowledge and development, access to justice will be formatting the world view of life within a new bias.

In a world of scarce resources, the achievement of rights depends on a process of struggle. However, to give effect to these rights, new struggles are waged, being in the paradigm of democratic rule of law, the Judiciary, become the lever-social man, to achieve the reality of life, rights available on a plane formal.

KEYWORDS: Legalization policy; Constitution; Separation of Powers

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho apresenta a atuação do Poder Judiciário em questões consideradas, tradicionalmente, de trato político, vinculadas ao exercício do Poder Executivo do Estado, contrariando o princípio da separação dos poderes em sua leitura clássica, isto é, a segregação estanque entre os Poderes do Estado.

O fenômeno “judicialização da política” tem ocorrido em países onde a democracia já está avançada, como Alemanha, Itália, Espanha, França, Inglaterra e Estados Unidos. No Brasil, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário garantem os direitos fundamentais, mas não totalmente. Devido a vários fatores, diversos direitos constitucionais se transformam em normas programáticas, não efetivadas no plano existencial.

Dentre os fatores que se destacam como empecilho para efetivação dos direitos constitucionais, sobressai-se a escassez de recursos cumulada com a priorização de políticas públicas de efeitos midiáticos mais condizentes com os objetivos eleitorais dos agrupamentos partidários. Neste paradigma, o subsistema judiciário expandiu seu peso no interior do sistema político e vem efetivando direitos constitucionais fundamentais para o ser humano.

O artigo, formatado em seis tópicos, foi construído para demonstrar a mudança de paradigma dentro do Sistema Judiciário brasileiro, superando, não livre da crítica de muitos, uma hermenêutica eminentemente positivista para uma hermenêutica pós-positivista.

Inicialmente, é mostrado o significado e conteúdo do termo “judicialização da política”, onde se vê que o Poder Judiciário passa a ocupar um espaço, antes vazio, demonstrando a preocupação com os cidadãos que, no Estado Democrático de Direito, se transformaram em cidadãos de direitos, de modo que a “judicialização da política” representa a expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas, para valorização do homem frente ao Estado.

Ao tratar da “judicialização da política e do acesso ao Poder Judiciário” verifica-se que precedente a este novo paradigma se construiu no País uma democracia pluralista em

oposição à democracia centralista anterior, através de uma abertura participativa e do reconhecimento de diversas instâncias de decisão política.

No tópico seguinte retrata-se os desafios do Estado Democrático de Direito, verificando-se que a conquista da Nação estampada no texto constitucional, depende ainda de muita luta para transformar normas programáticas em normas de eficácia plena, dependente, não raro, da intervenção do Poder Judiciário para esta disponibilização aos cidadãos brasileiros.

A pesquisa reporta-se também às ações judiciais especiais utilizadas para efetivação da judicialização da saúde e para o controle de constitucionalidade, implementado através de ações coletivas, que possibilitam novas formas de atuação política da comunidade de intérpretes da Constituição. Neste rol, apresentam-se ações como o mandado de injunção, ação de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo, instrumentos acessíveis ao cidadão para um efetivo controle da coisa pública através do Poder Judiciário

O trabalho mostra ainda como o Supremo Tribunal Federal se posiciona frente esta tendência pós-positivista presente em várias democracias contemporâneas, trazendo recentes decisões emanadas daquele Pretório e, comprovando que o mesmo tem acompanhado esta corrente pós-moderna de modo a dar efetividade ao Estado Democrático de Direito, como por exemplo nos casos de judicialização da política relacionados com questões de saúde, quando em favorecimento a princípios fundamentais do direito a vida e a saúde, vem determinando ao Poder Executivo que faça o fornecimento de medicamentos nacionais e importados, realize exames para diagnóstico de doenças em laboratórios públicos ou privados e, execute às suas expensas, todo gênero de intervenção terapêutica necessária ao cidadão.

Conclui-se afinal, que no Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário se insere no universo da solução de conflitos para proteção de interesses e direitos subjetivos, individuais e coletivos, mostrando as formas de repercussão do fenômeno e a relação entre instituições judiciais e políticas que conduzem a judicialização da política, permitindo aos destinatários da norma a plena reivindicação de direitos constitucionalmente previstos.

2. SIGNIFICADO E CONTEÚDO

O Processo de Judicialização da Política inicia-se em meados do século XX, a partir da transição paradigmática do Estado Legislativo ao Estado Constitucional.

O Poder Judiciário passa a ocupar o espaço, no qual os indivíduos, antes distantes, tornam-se cidadãos de direitos. Atualmente, tem-se uma “soberania complexa”, que contém duas formas de representação: a política e a funcional, em duas dimensões de cidadania: a política e a social. A primeira exercida pelos representantes eleitos com base nos procedimentos democráticos e, a segunda, pela comunidade de intérpretes, composta pelos agentes judiciais legitimados pela Constituição.

Vianna aponta o contraste entre a cidadania política e a cidadania social:

[...] a cidadania política dá as condições ao homem comum de participar dos procedimentos democráticos que levam à produção da lei, a cidadania social lhe dá acesso à procedimentalização na aplicação da lei por meio de múltiplas formas, individuais ou coletivas, de um simples requerimento a uma ação pública, proporcionando outra forma de participação na vida pública. (VIANNA, 2003, p. 372).

Portanto, constata-se que as duas formas de cidadania são importantes para que o indivíduo tenha a plena concretização de seus direitos respeitados, sejam esses, individuais ou coletivos.

A judicialização da política e a politização da justiça referem-se à expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas. Faz-se necessário ressaltar que não há registro de exemplo de judicialização da política em um contexto não democrático.

No entanto, acentua Viana (1997):

[...] muitos a interpretam como uma ameaça à cláusula da maioria e da soberania democrática: o princípio da separação dos Poderes e da independência do Judiciário. E por fim, a existência de uma Constituição que explicita direitos e valores, os quais possam ser invocados em defesa dos indivíduos e grupos que se sintam lesados pela vontade da maioria. (VIANNA, 1997, p. 31/32).

Dessa maneira, entende-se que judicializar a política é apropriar-se de procedimentos de decisão judicial na solução de conflitos no espaço político. É resultado do aumento da área

de atuação dos tribunais através de revisões do Judiciário das ações executivas e legislativas com base na constitucionalização dos direitos e dos mecanismos de pesos e contrapesos.

É importante pontuar ainda que a judicialização ocorre com a expansão dos procedimentos judiciais no Executivo, como nos casos de tribunais e, ou juízes administrativos, e no Legislativo, nas Comissões Parlamentares de Inquérito.

Apesar de vários autores apresentarem definições elaboradas para o Processo de Judicialização da Política, observa-se que, essa, não se dá de forma tão simples. Visto que no sentido normativo, usada por juristas, refere-se a uma obrigação legal, quando relacionado ao papel dos agentes nos tribunais. Quando do ingresso em juízo de determinada causa, em decisões que não são propriamente judiciais, como no caso de verticalização das coligações políticas decididas pelo TSE, período em que ocorre maior número de desentendimentos políticos no Judiciário.

É importante evidenciar ainda, que esse termo não se refere apenas, às ações dos juízes, mas, também, a outros profissionais, como os membros do Ministério Público e de grupos políticos que defendem a proteção dos direitos das pessoas discriminadas ou excluídas. Portanto, a judicialização, no sentido constitucional, está relacionada à ampliação dos direitos fundamentais e ao precário equilíbrio entre os Poderes, o que ocasiona a interferência dos tribunais na política.

Considerando que vivemos em uma sociedade transitória, ou seja, em constante mudança, faz-se imprescindível um processo judiciário que atenda às novas necessidades desse novo grupo social. Neste sentido, ressalta Vianna (2003, p.19) que “democratizar o Judiciário passa a dizer respeito, sobretudo, à sua aproximação com a vida social, criando-se uma malha institucional que capilarmente se credencie a amparar o mundo de direito”. Uma vez que a crise no Poder Judiciário é uma forma de adaptação à contemporaneidade da sociedade brasileira, sem que o mesmo esteja devidamente preparado para as novas demandas.

Conforme acentua Vianna, a Constituição de 1988 alterou profundamente o papel do Poder Judiciário na sociedade e no Estado brasileiro:

Agora [...] o Judiciário antes um Poder periférico, encapsulado em uma lógica com pretensões autopoieticas inacessíveis aos leigos, distante das preocupações da agenda pública e dos atores sociais, se mostra uma instituição central à democracia brasileira, quer no que se refere à sua expressão propriamente política, quer no que diz respeito à sua intervenção no âmbito social. (VIANNA, 1999, p. 9)

Na transição para democracia ficou clara a tensão entre a ação do governo norteadada

pelo mercado e a Constituição Federal de 1988, ocorrendo privilégio de objetivos econômicos em prejuízo ao pensamento das esferas públicas. Passando a sociedade a exigir do Poder Judiciário a realização da Constituição, acarretando a desarmonia entre os poderes, iniciando a judicialização da política. (CAMPOS, 2007).

As ações coletivas e o controle concentrado de normas possibilitaram uma atuação mais eficaz dos intérpretes da Constituição contra os grupos que controlam a arena política e econômica do país.

De acordo com Vianna (2003), a mobilização de uma sociedade para a defesa dos seus interesses e direitos, em um contexto constitucional em que as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral em minorias parlamentares, não pode desconhecer os recursos que lhe são disponíveis a fim de conquistar uma democracia de cidadãos.

Desse modo, enquanto o direito torna-se mais reduzido e determinado por limites estruturais rigorosos, o grau de complexidade da atuação da política é elevado e ilimitado.

Uma das críticas feitas ao Judiciário é o desvio de função ou submissão em questões que costumeiramente pertencem ao sistema político. Os cidadãos não mais confiam nos mecanismos da política tradicional, já que não são capazes de gerar consenso nem interesses. Não raro, essas instituições políticas delegam seu poder decisório ao terceiro setor – às ONGs (Organizações não governamentais) ou Movimentos Sociais – que se mostram mais eficientes, em termos de articulação de interesses e de credibilidade, conforme menciona Odete Medauar:

A partir da década de 90 do século XX, a tendência mundial por mais democracia abriu amplo espaço para a sociedade civil, crescendo o número de associações que passaram a ser conhecidas como ONGs – organizações não-governamentais ou terceiro setor. Tais grupos exercem pressão sobre os órgãos e poderes estatais, na busca de reconhecimento e realização dos interesses que defendem. E se institucionalizam vários meios de ouvidoria e participação da sociedade civil na tomada de decisões dos poderes públicos, como, por exemplo, o assento em órgãos consultivos e deliberativos, as audiências e consultas públicas. (MEDAUAR, 1992, p. 112)

Dessa forma, nota-se que o Judiciário é reconhecido como uma instância aparentemente habilitada a dinamizar a ineficácia e a corrupção do sistema político, visto que a expressão “politização da magistratura” está associada a partidarismo, ilegalidade e “*suplenza*”, isto é, substituição do político pelo magistrado. Assim, submeter partido político à jurisdição ou ao próprio juiz representaria uma ocultação do pré-requisito essencial da jurisdição democrática: a imparcialidade.

Por outro lado, uma magistratura submetida à opinião pública ou à sua vontade própria, e não à lei, seria a negação do Constitucionalismo. Então, substituir o político pelo juiz seria corromper a forma de operação e reprodução dos sistemas jurídicos e políticos das sociedades complexas, reduzindo o espaço da democracia.

3. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ACESSO À JUSTIÇA

Judicialização da Política e Ativismo Judicial são termos análogos, sobre seu surgimento, Gomes (2009), com as contribuições de M. Pereira, esclarece que “foi mencionado pela primeira vez em 1947, pelo jornalista americano Arthur Schlesinger, numa reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos.”. Na oportunidade, o jornalista considerou que ocorre o Ativismo Judicial quando “o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos.”.

O Ativismo Judicial é o caminho encontrado pelo Poder Judiciário para superar o positivismo jurídico e garantir direitos humanos com fulcro em princípios axiológicos instrumentalizados no texto constitucional.

Essa postura, é classificada pelo professor Luis Antonio Barroso, como uma nova hermenêutica constitucional, a partir do giro pós-positivista sobre o jusnaturalismo, devido ao fracasso político do positivismo jurídico para efetivação de direitos básicos do texto constitucional. Reconhece o doutrinador, que princípios destacados nos textos constitucionais, estão impregnados de normatividade e inseridos no ordenamento jurídico estando, portanto, aptos a justificar sua aplicação na garantia dos direitos fundamentais.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia”. (BARROSO, 2009, p. 351-352).

Ao discorrer sobre a Constituição brasileira de 1988, Zaneti Júnior (2007, p. 55-56) confirma a concretização de alteração de paradigma e acentua a construção de uma democracia pluralista em oposição à democracia centralista, através de uma abertura participativa e do reconhecimento de diversas instâncias de decisão política. Afirma ainda, que neste novo paradigma, o Poder Judiciário passou a participar deste processo fundado na convergência das partes para obtenção da melhor solução jurídica.

Explica Krell (2002, p. 94), inclusive trazendo as colaborações de Ferraz Jr., que nessa sua nova função o juiz foi assumindo uma postura pós-positivista, libertando-se das amarras da estrita legalidade, exclusivamente retrospectiva, passando a ser responsável pelo êxito das finalidades políticas impostas neste novo tempo. Acrescentando, ressalta Agra (2009, p. 500) que o Juiz torna-se o guardião dos direitos fundamentais, mormente daqueles de natureza programática, inseridos na Constituição de 1988.

Neste contexto, vislumbra-se que as decisões judiciais são fontes de direitos, unidas de poder estatal de cumprimento obrigatório. Kelsen (2007, p. 105-106), aludindo às fontes de direito admite que não somente as leis são enquadradas como tal, em sentido amplo, a sentença compõe o ordenamento jurídico, uma vez que “uma sentença judicial constitui a fonte para a obrigação especial de um indivíduo e a autorização correspondente de outro”, compreendido, portanto o conceito de sentença na definição geral de legislação.

Para o neopositivista, “a sentença é uma norma jurídica individual”, quer dizer, consubstancia-se na “concretização da norma geral ou abstrata”, apresenta-se assim como fonte de direito, todavia (a sentença), não supera a função específica de dar vazão à normatividade vigente no ordenamento jurídico contemporâneo.

Dessa sorte, a judicialização da política é um fenômeno pós-positivista compreendendo uma postura moral do direito, instrumentalizada através das sentenças e acórdãos dos Tribunais, que suplantando o jusnaturalismo e a estrita legalidade, contemplam além da letra da lei, através da racionalidade jurisdicional, direitos fundamentais e valores constitucionais, conformando o direito à moral e à realidade social.

Para Barroso (2005), o novo direito constitucional tem como marco histórico na Europa Continental o último pós-guerra, enquanto que no Brasil, o marco situa-se a partir da Carta Política de 1988. Após o qual, os direitos fundamentais e vinculados a estes, vêm ganhando um novo alento através do Ativismo Judicial, de vez que a jurisprudência contempla com êxito relativo, não raramente, casos de ações judiciais em busca da confirmação de direitos fundamentais inseridos em princípios constitucionais, ainda não confirmados em leis ou atos dos executivos, mas definitivamente inseridos na ordem

principiológica jurídica.

4. DESAFIOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito inserido na Constituição da República, consubstancia-se em um processo de evolução social apreendida pelo homem há milênios. Seus princípios informadores fundamentais decorrem da vivência do homem desde a aurora da humanidade. A promulgação da Constituição realizada em 05 de outubro de 1988 é o marco histórico de referência de um novo tempo no País, contudo, a construção dos direitos constitucionais constitui-se em um novo processo de lutas em busca da confirmação e efetividade do Direito.

A história da evolução do homem-social confunde-se com a história do Direito, ou por outro lado, a origem do direito se permeia com o percurso do homem em busca de seus ideais sociais e políticos. A filosofia iluminista descobriu ser necessário para concretização de uma comunidade baseada na liberdade e igualdade que o centro de poder não poderia ser autoritário, mas imparcial, desvinculado de interesses pessoais.

A idéia do constitucionalismo firmou-se então na Europa iluminista do Século XVIII libertando-a das trevas medievais. Entretanto, o constitucionalismo tem raízes nos séculos anteriores, nos pactos de proteção a direitos individuais, forais e cartas de franquias frequentes na Idade Média.

A idéia do constitucionalismo - direitos de igualdade e de dignidade concretizados através da elaboração de uma constituição escrita, vitoriosa pelas lutas e revoluções, não se consuma num só instante, mas se constrói no cotidiano, materializando e instrumentalizando-se permanentemente através da produção de meios capazes de garantir e efetivar as conquistas dos direitos.

Na perspectiva Brasil, a reconstrução da democracia e a Constituição de 1988 foram obras do povo brasileiro, uma vez que o Estado de Direito brasileiro foi aniquilado pelo Golpe Militar de 1964, quando grupos extremistas liderados pelas Forças Armadas tomaram o poder e extinguiram o regime democrático vigente. Conforme explica Jorge Miranda (2003), no período de 1985 a 1988, ocorreu uma transição constitucional, passando-se de um regime de ordem autoritária para um regime democrático de direito.

Na vigência do Estado Democrático de Direito, cumpre ao Poder Judiciário, através

do ativismo judicial, desmistificar o axioma da impossibilidade de estender a dignidade para todos, verificando-se que os brasileiros, aos poucos, asseguram os direitos confirmados na Constituição de 1988.

5. REPERCUSSÕES DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

As ações coletivas e o controle concentrado de constitucionalidade possibilitam também, novas formas de atuação política da comunidade dos intérpretes da Constituição.

Vianna (2003), em sua pesquisa, indica uma importante participação de associações civis e políticas, órgãos estatais e cidadãos no encaminhamento de denúncias ao Ministério Público. Os objetos das ações são: a defesa da moralidade pública, a proteção contra a violação dos direitos causados por omissão do Estado e de ações que visam provocar a adoção de políticas públicas pelas autoridades governamentais.

Para compreender melhor as novas formas de atuação política, neste estudo, analisam-se determinadas ações, tais como: Mandado de Injunção, Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo, instrumentos acessíveis ao cidadão para um efetivo controle da coisa pública através do Poder Judiciário. De certa forma, é evidente a remessa à instância do jurídico de problemas cuja solução provavelmente se encontra mais no âmbito do econômico ou mesmo do político.

Nessa perspectiva, o artigo apresenta as repercussões da Judicialização da Política e da politização do Judiciário no Brasil, a partir desses institutos constitucionais, que são garantias que servem de instrumento para a efetivação da tutela ou proteção dos direitos fundamentais. Essa proteção é essencialmente confiada ao Judiciário. No direito brasileiro, são esses amparos, ações especiais que manifestam a pretensão à tutela de um direito por parte desse Poder.

Inicialmente se verificará o Mandado de Injunção. Instituto judicial previsto no inciso LXXI do Artigo 5º da Constituição Federal, que busca viabilizar a falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Tal dispositivo, não se limita a aplicação do instituto à tutela de direitos fundamentais, mas estende-se a todo e qualquer direito constitucional. A partir da Constituição de 1988, foram dadas diversas interpretações ao Mandado de Injunção.

No início, a jurisprudência era tímida e conservadora, já que priorizava o princípio da

separação dos poderes e da segurança jurídica, em detrimento aos princípios da efetividade das normas constitucionais. Observa-se que os direitos fundamentais continuavam carentes de normas regulamentadoras. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgamentos divergiu o seu entendimento quanto à finalidade e aos efeitos jurídicos do instituto.

Somente em 2007, percebe-se uma transformação positiva na jurisprudência em relação ao Mandado de Injunção. Em destaque os nº 670-ES, 708-DF e 712-PA. Relatados pelos Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Roberto Grau, os impetrantes pleiteavam a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis (art. 37, VII, CF).

Neste caso, o Supremo Tribunal Federal, com uma postura mais agressiva, criou norma regulamentadora, aplicando-se ao caso a Lei nº 7.783/89 (que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada), sem deixar de fazer algumas observações em respeito ao princípio da continuidade da prestação de serviços públicos. Dessa forma, possibilitou o exercício do direito fundamental de greve dos funcionários públicos. Essa decisão promoveu uma transformação quanto à interpretação do instituto.

No voto do relator, o Ministro Eros Grau em alusão a Fernando Pessoa, teceu o seguinte comentário: “transformamos a Constituição em papel pintado com tinta e aplicá-la em uma coisa em que está indistinta a distinção entre nada e coisa nenhuma, constitui dever-poder deste Tribunal a formação supletiva de norma regulamentadora faltante”. (HACHEM, 2009, p.129).

Assim, nota-se a importância da Constituição quanto à sua aplicabilidade, uma vez que é papel do Judiciário distinguir um conjunto de leis veiculadas no formato teórico para o modelo prático, ou seja, aplicável à sociedade moderna.

O Mandado de Segurança, com certeza, o mais antigo dos remédios jurídicos garantidores de direitos individuais e coletivos está assegurado pela atual Constituição em seu art. 5º, LXIX, de modo a viabilizar a garantia de direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas datas, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder seja emanado de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público

O texto constitucional também prevê o mandado de segurança coletivo, que poderá ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa de seus membros ou associados (art. 5º, LXX, a e b). A Lei n.12.016/2009 disciplina o instituto.

A Ação Civil Pública objetiva a indenização pelo dano causado para a reconstrução dos bens públicos lesados. Pode resultar no cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer, determinado pelo juiz, sob pena de multa diária, independente de requerimento do autor. Esta ação está prevista no Artigo 129, III, da Constituição Federal e destina-se à proteção dos chamados interesses difusos e coletivos ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, paisagístico, de ordem econômica e da economia popular, dentre outros.

Para a propositura dessa ação, tem legitimidade o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas e sociedade de economia mista, as associações constituídas há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, que incluam entre as suas finalidades institucionais a proteção de interesses difusos e coletivos (cf. Lei n. 7.347/85, art. 5º).

Há, ainda, a Ação Popular, regulada pela Lei n. 4.717, de 29.6.1965, que configura instrumento de defesa de interesse público. Esta ação não tem em vista primacialmente a defesa de posições individuais. Porém, pode ter reflexo sobre posições subjetivas.

A Constituição prevê a ação popular com o objetivo de anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade da qual o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. É um instrumento típico da cidadania e somente pode ser proposta por cidadão que não apresente pendências, que concerne às obrigações civis, militares e eleitorais que, por lei, sejam exigíveis.

Portanto, observa-se que ambas as ações buscam proteger a integridade do Patrimônio Público, para a preservação da sua capacidade de alcançar os objetivos que se pretende e se propõe. Essas ações, além de visarem à materialização do mecanismo de exercício de cidadania plena, conduzem à Judicialização da Política.

Considerando a integridade do Patrimônio Público, nota-se que os temas referentes à ecologia, consumidores ou patrimônio cultural, são por vezes complexos. Desse modo, o Poder judiciário, tem que decidir de forma política, por exemplo: o valor que prevalecerá entre a preservação da cobertura vegetal ou a construção de uma estrada na floresta, ou qual será o juízo de valor quanto à importância histórica ou arquitetônica, e quanto ao acerto do tombamento administrativo.

A partir desses institutos, observa-se que, ao decidir questões referentes aos mesmos, o Judiciário adentra no campo da política, acabando por aferir conveniência e oportunidade das decisões ou substituição do legislador, convertendo em auto-executáveis normas que originalmente não o são.

É possível perceber que daí subjaz a concepção de dirigismo Constitucional, uma vez que o constituinte estabeleceu os objetivos jurídico-políticos, obrigou o Estado de Direito, que direcionou todas as suas ações, das mais genéricas às mais concretas. Assim, atribui à cidadania agir diretamente, ao atacar, postular, anular ou cessar seus efeitos, além de possibilitar a apuração de responsabilidade e uma possível punição dos agentes.

6. ATIVISMO JUDICIAL NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

De acordo com os jusdoutrinadores, na atividade concernente ao direito, existem dois instantes, sendo o primeiro da elaboração da legislação e o segundo destinado à sua aplicação. A respeito do tema ensina o italiano Norberto Bobbio:

Na atividade relativa ao direito podemos distinguir dois momentos: o momento ativo ou criativo do direito e o momento teórico ou cognoscitivo do próprio direito; o primeiro momento encontra a sua manifestação mais típica na legislação, o segundo na ciência jurídica ou (para usar um termo menos comprometedor) na jurisprudência. Esta pode ser definida como a atividade cognoscitiva do direito visando a sua aplicação (BOBBIO, 2006, p. 211).

Atendo-nos ao momento cognoscitivo atual, ou à prática judicial contemporânea, de modo a perceber e verificar empiricamente como o Tribunal Constitucional pátrio lida com o ativismo judicial, pode-se dizer que o neoconstitucionalismo, como também é denominado este movimento pós-positivista, já é uma realidade institucionalizada.

No entendimento de Luiz Flávio Gomes (2009), o julgamento do caso Raposa Serra do Sol foi emblemático no que se refere a Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal. O caso encerra uma complicada demanda envolvendo demarcação de terras entre Indígenas e Agricultores no norte do país. O Ministro Menezes, em seu voto, impôs cerca de “19 medidas para implementação da demarcação contínua”, numa atuação legiferante com vistas à garantir a jurisdição realizada pelo Tribunal no referido caso.

Gomes (2009) recorda ainda, que o Supremo exerceu Ativismo Judicial nos julgamentos de temas palpitantes quando tratou de “fidelidade partidária, direito de greve no serviço público, proibição do nepotismo e uso restrito das algemas etc.”.

No Brasil, o conceito de Ativismo Judicial supera aquele utilizado pela Suprema Corte Americana, uma vez que entre nós o Juiz chega a criar uma norma para garantir direitos axiologicamente previstos no texto constitucional e que a mera interpretação para garantir

direitos, entre nós é concebida como mera “judicialização do direito considerado”, conforme nos esclarece Gomes (2009).

Apresenta como exemplo disso, o caso da imposição aos parlamentares brasileiros da fidelidade partidária, uma vez que inexistia qualquer regramento sobre o assunto antes do julgamento pelos Ministros do STF, os quais com fundamento apenas no princípio democrático elegeram uma regra proibitiva de mudança de partido para quem o fizesse após as eleições, sujeitando-se à perda do mandato eletivo.

Nestes tempos de busca de efetividade, o juiz de primeiro grau que trabalha próximo da sociedade, tem destacadamente atuado de forma a prover direitos constitucionais, especialmente dos menos prósperos.

A saúde, por exemplo, é um subsistema constitucional que interessa como objeto de nossa pesquisa. Considerada como direito social que se insere na Constituição de 1988 como direito de todos e dever do Estado (art.196 da CR/88). Para concretizar o acesso ao mesmo, o Estado criou o Sistema Único de Saúde (SUS), em 1990 através da lei nr. 8.080, com a pretensão de disponibilizar um atendimento universal a saúde.

Entretanto, a precarização deliberada de investimentos públicos expurga os mandamentos constitucionais e via de conseqüência acarreta à impraticabilidade da utilização do SUS pela população, devido a ausência de equipamentos básicos e a utilização de tecnologia ultrapassada para realização de exames de diagnóstico e internações médicas.

Para enfrentar esta mazela social, os cidadãos, destacadamente, os mais necessitados, têm recorrido ao Poder Judiciário. O direito à saúde, tido como direito social de segunda geração, consubstancia afinal direito fundamental à vida, sendo de percepção lógica a permeabilização dos direitos de primeira e segunda geração, posto que a saúde é componente essencial para a vida humana.

Neste sentido, o Poder Judiciário não tem se furtado a determinar em obediência aos princípios fundamentais do direito a vida e a saúde, que o Poder Executivo forneça medicamentos nacionais e importados, realize exames para diagnóstico de doenças em laboratórios públicos ou privados e execute às suas expensas, todo tipo de intervenção terapêutica necessária ao cidadão. Enfim, determina uma diversidade de atendimento à saúde de modo a garantir os direitos fundamentais do ser humano.

Aliás, por vezes, o Ativismo Judicial faz-se extremamente necessário para garantir tratamento médico e exames clínicos modernos possíveis apenas com tecnológicas avançadas, quero dizer, com o uso de aparelhos e técnicas de ultima geração, quase sempre negadas pelos

poderes públicos em nome da falta de recursos ou de altos custos daqueles, dentre outros motivos.

Pode-se verificar que o Ativismo Judicial está servindo ao Supremo Tribunal Federal como uma ferramenta para salvaguarda de direitos previstos na Constituição Federal, conforme se vê em notícia divulgada na página virtual do Tribunal na Internet (2010):

O Plenário do Supremo Tribunal Federal indeferiu nove recursos interpostos pelo Poder Público contra decisões judiciais que determinaram ao Sistema Único de Saúde (SUS) o fornecimento de remédios de alto custo ou tratamentos não oferecidos pelo sistema a pacientes de doenças graves que recorreram à Justiça. Com esse resultado, essas pessoas ganharam o direito de receber os medicamentos ou tratamentos pedidos pela via judicial. O ministro Gilmar Mendes foi o relator das Suspensões de Tutela (STA) 175, 211 e 278; das Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; e da Suspensão de Liminar (SL) 47.”

Analisando esta notícia pode-se concluir que pelos julgamentos ocorridos no Supremo Tribunal Federal, o mesmo está praticando o denominado Ativismo Judicial, exercendo um papel fundamental para a parcela mais carente da sociedade, viabilizando uma constituição plural ao consignar eficácia a princípios de direitos sociais, independentemente de norma escrita, fazendo uma leitura além da letra das leis, com origem na moralidade e no conceito de justiça.

No caso da saúde, verifica-se que no texto constitucional através do art. 196 é determinado que o Estado garanta mediante políticas públicas o acesso universal e igualitário a todos de serviços e ações de promoção, proteção e recuperação de saúde. A realidade, porém se distancia dos comandos constitucionais e o Supremo Tribunal Federal através de uma prática denominada de ativismo judicial vem corrigindo, numa dimensão de justiça, a omissão estatal, perante a sociedade.

A Ministra do Supremo Tribunal Federal Carmem Lúcia Antunes Rocha explica o dinamismo social influenciando a produção de novos direitos, incluindo os direitos de segunda geração como a Direito à Saúde:

Novas conquistas sociais conduziram a movimentos que trouxeram novas formulações jurídicas e novos direitos se juntaram aos fundamentais, surgem os direitos sociais, culturais e econômicos, havidos como direitos de segunda geração a se acrescerem e mesmo a redimensionarem o sentido daqueles que compunham os de primeira geração.” (ROCHA, 1997, p. 09).

Portanto, o desafio lançado pelo Constituinte de 1988 é efetivar todos os direitos fundamentais, tais como: direito ao desenvolvimento, a paz, ao meio ambiente saudável, a informação e comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

Tratando de velhos e de novos direitos, tanto um quanto outro demandam tempo, perspectiva e persistência para implantação total, uma vez que o poder estatal, se propõe a projetos políticos, socioeconômicos distanciados, freqüentemente, do anseio social de raiz, mas produtores de efeitos midiáticos imediatos, ficando os direitos constitucionais positivados como uma meta permanente a se efetivar pelas lutas sociais nos diversos palcos de disputas institucionais.

A dificuldade de implantação dos direitos sociais é assimilada pelo constitucionalista mineiro Cruz, que afiança que o Estado coloca estes direitos numa dimensão prestacional num discurso de que “seriam direitos que custariam dinheiro e que, por conseguinte não poderiam ser efetivados com a mesma facilidade dos direitos de primeira geração” (CRUZ, 2006, p. 86), quer dizer, o Estado se reduz na obrigação prestacional mínima e suficiente para manter um nível de organização social posto que garante apenas aqueles direitos fundamentais basilares, como vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade.

Contudo ensina Cruz, que todos os direitos apresentam custos para o Estado, inclusive os chamados direitos de primeira geração que possuem encargos elevados como os de segunda geração, e por vezes são mais caros. Aliás, garantidos com recursos públicos, apenas, para as classes de pessoas que se entronizam no topo da pirâmide social.

Para Galuppo (2009, p. 276), Dworkin considera que o direito deve ser tratado pelos profissionais do direito como um romance em cadeia, onde compete a cada uma destas pessoas escrever um capítulo da história, desenvolvendo-a consistentemente, rompendo um capítulo após o outro de forma sincronizada, ou seja, não basta apenas interpretar, mas continuar a obra a partir do que já foi escrito.

Nesta seara, a justiça se constitui no objeto de desejo do homem, porque ao projetar o direito como o único instrumento capaz de lhe remeter para o futuro - organizando e regulando a vida comunitária e privada, o que se pretende é a concretização deste direito, seja qual for, que tem como meta última alcançar a justiça solidificadora da vida humana de forma segura e harmônica.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação do Poder Judiciário através do ativismo judicial confere a possibilidade de acesso aos direitos fundamentais para as pessoas, uma vez que empiricamente se revela eficaz

na obtenção destes direitos. Descortina-se nessa ação de busca pelos direitos, um processo silencioso onde o cidadão brasileiro realiza seus direitos previstos no Estado Democrático de Direito.

No tecnológico mundo contemporâneo, onde os direitos incorporados nos textos constitucionais pós-modernos não passam, muitas vezes, de direitos simbólicos não materializados na prática social cotidiana, torna-se necessário que o planejamento de políticas públicas os elejam como metas a serem efetivamente realizadas.

Nessa contemporânea realidade simbólica, a judicialização da política atenua a ineficácia da ação estatal em diversos campos, especialmente na área da saúde, garantindo o acesso de milhares brasileiros a tratamentos terapêuticos, imanentes aos direitos (humanos) sociais consagrados na Constituição Federal de 1988.

O Poder Judiciário é visto como instância apta a coibir a ineficácia do Sistema Político. A sociedade, insatisfeita com a representação política, encontra no Judiciário e no Ministério Público a possibilidade para a realização dos direitos fundamentais. Dessa forma, constata-se que o processo de judicialização da política é um movimento absorvido pela sociedade brasileira que comemora o ativismo judicial.

No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário se insere no universo da solução de conflitos e na proteção de interesses e direitos subjetivos, individuais e coletivos. Este novo arranjo transforma o sistema tradicional, remetendo decisões políticas para o Poder Judiciário, de modo que a judicialização da política apresenta-se necessária quando ocorre violação a direitos relacionados às questões políticas, exteriorizando a vontade do povo por meio de um direito vivo e histórico, resguardado na Constituição de 1988.

8. REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **A legitimação da jurisdição constitucional pelos direitos fundamentais**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, abr. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29026>>. Acesso em: 16 nov. 2010

André Ramos (coord.). **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 19 mar. 2010.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**/Norberto Bobbio; compêlidas por Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. – São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 498 p.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002. 193p.

CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. **Separação dos poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. 280p.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no Estado Democrático de Direito. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). **Constituição e democracia: fundamentos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 79-123.

GALUPPO, Marcelo Campos. A hora de brilhar: direitos fundamentais na trilha da literatura. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). **Constituição e democracia: fundamentos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 263-276.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? . Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12921>>. Acesso em: 23 ago. 2010..

HACHEM, Daniel Wunder. A construção de uma nova configuração jurídica para o mandado de injunção. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v.9, n.38, p. 129-166, out. 2009.

JUCA, Francisco Pedro. Judicialização da política e politização do judiciário. **Ciência Jurídica**, v.13, n. 85, p.39-54, jan./fev. 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: Introdução à problemática científica do direito**/Hans Kelsen; Tradução de J. Cretella jr. E Agnes Cretella – 5. ed. Ver. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2007 – (RT – Textos Fundamentais; 5)

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 53p.

MACIEL, Débora Alves. **Sentidos da judicialização da política: duas análises**. São Paulo: 2002.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. 298p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 1616 p.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 1ª. ed. 2ª. Tiragem. Forense:2003

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O Constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo10.htm>>. Acesso em: 21 jan. 2010.

SORBILLI FILHO, Roberto. Estado judicial, estado de exceção e controle da administração pública: breves reflexões. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte - RPGMBH**, Belo Horizonte, v.1, n.1, p.317-323, jan. 2008.

VIANNA, Luiz Werneck. INSTITUTO UNIVERSITÁRIO DE PESQUISAS DO RIO DE JANEIRO. FUNDAÇÃO CARLOS CHAGAS FILHO DE AMPARO À PESQUISA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2003. 559p.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan, 1999. 270 p.

VIANNA, Luiz Werneck. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997. 334p.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007