

**TÍTULO DO TRABALHO:** LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL

**NOME E QUALIFICAÇÃO DA AUTORA:** Clara Cardoso Machado. Mestre em direito público, com ênfase em Direito Constitucional, pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em direito público pela UNIDERP. Professora de sociologia jurídica e filosofia do direito da ESTÁCIO-FASE. Advogada.

**ENDEREÇO PARA CORRESPONDÊNCIA:** Rua Pastor Martin Luther King, 451. Atalaia Velha. Aracaju-SE. Cep: 49035-250

**TELEFONE:** (079) 9828-2495/ (079) 9966-7655/ (079) 3223-1431.

**E-MAIL:** claracardosomachado@gmail.com

**LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO  
FRATERNAL**

## **RESUMO**

O presente artigo tem por objetivo estudar o ativismo judicial a partir de novos pressupostos do Direito Constitucional a fim de alargar o leque de análise e estimular o debate. Muito já se falou sobre ativismo judicial como resultado das transformações da contemporaneidade. Neste trabalho, pretendem-se buscar, nos pressupostos do constitucionalismo fraternal, novas luzes para o enfrentamento dos limites do ativismo judicial.

Palavras-chave: ativismo judicial; limites; constitucionalismo fraternal.

## **ABSTRACT**

This paper aims to study the judicial activism from new premises of constitutional law in order to broaden the range of analysis and stimulate discussion. Much has been said about judicial activism as a result of the transformations of contemporary society. In this work, it intends to seek, on the assumptions of fraternal constitutionalism new lights to face the limits of judicial activism.

Key-words: judicial activism; limits; fraternal constitutionalism.

## **SUMÁRIO**

1 INTRODUÇÃO; 2 DO CONSTITUCIONALISMO CLÁSSICO AO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL; 3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO; 4 DELINEANDO ALGUNS LIMITES PARA O ATIVISMO JUDICIAL; 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS

## **1 INTRODUÇÃO**

O ativismo judicial é realidade inafastável da sociedade contemporânea pós-moderna<sup>1</sup>. A mudança do contexto histórico do Estado de Direito para Estado Democrático de Direito, a complexidade das relações jurídico-sociais, a ruptura de paradigmas constitucionais clássicos a partir da filosofia pós-positivista e da força normativa da Constituição, a implementação progressiva dos direitos fundamentais, retratam alguns fatores que conduziram a ampliação da atividade Jurisdicional.

Na verdade, do ponto de vista jurídico-sociológico, o ativismo judicial decorre, em larga medida, de uma crise de representatividade democrática que instaura a necessidade de intervenção do Poder Judiciário com o intuito de conter os abusos e as omissões dos Poderes Legislativo e Executivo, e realizar a justiça social.

Todavia, como toda atividade exercida pelos poderes constituídos deve estar pautada nos preceitos delineados pelo constituinte originário, faz-se necessário traçar limites e possibilidades para o ativismo judicial, a fim de que não haja hipertrofia do Judiciário e, conseqüente, descaracterização do princípio da separação dos poderes.

Para tanto, este artigo tem por objetivo estabelecer uma análise sucinta do constitucionalismo fraterno como guia heurístico para a delimitação do ativismo judicial no ordenamento jurídico pátrio.

Em um primeiro momento, busca-se tecer algumas considerações acerca do constitucionalismo fraternal, que norteará toda a linha de raciocínio deste artigo.

Posteriormente, apresenta-se uma análise da judicialização da política e do ativismo judicial no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de demonstrar as teorias perseguidas neste estudo. Por fim, delinham-se alguns limites constitucionais do ativismo judicial.

É fundamental salientar que o presente texto não tem a pretensão de esgotar o assunto a que se propõe, até porque analisar todas as teorias relacionadas ao ativismo judicial é deparar-se com complexa tarefa. Entretanto, pretende-se incluir no debate do ativismo judicial a perspectiva do constitucionalismo fraterno, a fim de alcançar uma justiça social e distributiva.

---

<sup>1</sup> A pós-modernidade é um período de transição, de revisão da modernidade e de reconstrução de valores, diante da necessidade de um longo processo de maturação axiológica. (Cf. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O Direito na Pós-Modernidade*. 2 ed. ver. e atual. Rio De Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 147). Insta sublinhar que a compreensão da pós-modernidade foi extraída, principalmente, das lições de Boaventura Souza Santos. (SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 6 ed. Vol 1. São Paulo: Cortez, 2007).

## 2 DO CONSTITUCIONALISMO CLÁSSICO AO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL

O constitucionalismo é um fenômeno político-social-cultural que pretende limitar o poder arbitrário do Estado. Representa, nas lições de J. J. Gomes Canotilho, “a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”<sup>2</sup>.

Originariamente, o constitucionalismo remonta a antiguidade clássica, o Estado Teocrático do povo hebreu, que limitava o poder político pelas “Leis do Senhor”<sup>3</sup>. Assim, *a priori*, não há uma relação direta entre Constituição escrita e o surgimento do constitucionalismo, que lhe é bastante anterior.

As Constituições escritas marcaram o constitucionalismo liberal clássico do séc. XVIII, posterior às revoluções americana (Constituição de 1787) e francesa (Constituição de 1791) que deram origem ao Estado Liberal como forma de resistência ao absolutismo da época. Naquele contexto, o movimento constitucionalista visava a limitação do poder estatal e a proteção das liberdades públicas.

A formação do constitucionalismo clássico do Estado Liberal está atrelada a não intervenção Estatal somada à defesa e à garantia dos direitos civis e políticos dos indivíduos. Este período foi consubstanciado pela primazia da lei (Constituição Formal) e pela racionalização do poder<sup>4</sup>. As Constituições liberais refletiam, na percepção de J. J. Gomes Canotilho “códigos individualistas”<sup>5</sup>.

Ocorre que a opção ideológica absenteísta do Estado Liberal aumentou as desigualdades sociais alimentadas pelo liberalismo econômico. O direito à igualdade era assegurado apenas do ponto de vista formal majorando a revolta da sociedade.

Diante disto, no século XX, principalmente após a 1ª guerra mundial, o Liberalismo Econômico entra em crise, em face da necessidade de um ente político que garantisse a igualdade material e os direitos sociais, econômicos e culturais dos indivíduos

---

<sup>2</sup> CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. 6 reimp. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 51.

<sup>3</sup> LOEWENSTAIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Tradução por Alfredo Gallego Anabitarte. 2ed. Barcelona: Ariel, 1970.

<sup>4</sup> Boris Mirkin Guetzévitch ressalta que a racionalização do poder, retrata “tentativa para substituir o fato meta-jurídico do poder, pelo direito escrito – é a evolução progressiva do Estado de direito, da democracia.” (GUETZÉVITCH, Boris Mirkin. *As novas tendências do Direito Constitucional*. Tradução de Candido Motta Filho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933, p. 23 – 24).

<sup>5</sup> CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. 6 reimp. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 111.

(direitos fundamentais de 2ª geração) devastados na guerra. Era imperioso o rompimento com o ordenamento jurídico anterior e a promulgação de uma nova ordem constitucional.

Este período foi caracterizado pelo estopim de inúmeros movimentos sociais, com ênfase nas Revoluções Mexicana de 1910 e na revolução Russa de 1917, que colaboraram para o aparecimento do constitucionalismo moderno ou social, com a nota peculiar, segundo Manoel Jorge e Silva Neto, “da modificação da postura do Estado em face dos indivíduos, já, agora, amparado no princípio da não-neutralidade, e destinado a intervir no domínio econômico em ordem à consecução de sociedade menos desigual”<sup>6</sup>.

A partir daí, um novo contexto se instalou no mundo e a intervenção do Estado Social através de prestações positivas tornou-se o principal meio de garantia dos direitos fundamentais. Observa-se, neste período, que as atividades do Estado deveriam ter como objetivo a tentativa de concretização do segundo ideal da Revolução Francesa, a igualdade em sentido formal e material.

Paralelamente ao constitucionalismo social, redefiniu-se a importância da Constituição, que passou a ser vista não mais sob o enfoque meramente teórico, político e formal, mas a partir de sua carga jurídica, axiológica, vinculante e suprema<sup>7</sup>.

A introdução de direitos sociais nas constituições aliada à incessante busca de efetividade dos direitos fundamentais acelerou a consolidação do Estado Democrático de Direito e contribuiu, sensivelmente, para o surgimento do constitucionalismo contemporâneo, também denominado por muitos de neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo suplantou o Estado Legislativo de Direito e consubstanciou o Estado Constitucional de Direito, de modo que as condições de validade das normas jurídicas passaram a depender não só do aspecto formal, mas também da compatibilidade material com princípios e regras constitucionais<sup>8</sup>. Outra importante característica deste constitucionalismo é a vinculação dos poderes aos preceitos constitucionais.

---

<sup>6</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

<sup>7</sup> Luís Roberto Barroso ressalta: “Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.” (BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Revista da Escola Nacional da Magistratura, Brasília, v. 1 n. 2, p. 26-72, out. 2006).

<sup>8</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. atual. ampl. Salvador; Jus PODIVIM, 2009, p. 39.

A esta nova ideologia, pode-se incorporar a ideia de constitucionalismo fraternal, eis que, se analisada a evolução histórica do constitucionalismo, vislumbra-se uma relação lógica entre constitucionalismo clássico- liberdade, constitucionalismo social – igualdade e, finalmente, constitucionalismo contemporâneo - fraternidade.

Importa salientar que esta compreensão não significa que o constitucionalismo contemporâneo visa suplantiar a concretização dos valores liberdade e igualdade, mas expressa a necessidade de, sem eliminar as conquistas do Estado Liberal e Social, consubstanciar um Estado Fraternal. Corroborando este pensamento, preconiza Carlos Ayres Britto:

Efetivamente, se considerarmos a evolução histórica do Constitucionalismo, podemos facilmente ajuizar que ele foi liberal, inicialmente, e depois social. Chegando, nos dias presentes, à etapa fraternal da sua existência. Desde que entendamos por Constitucionalismo Fraternal esta fase em que as Constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade; isto é, a dimensão das ações estatais afirmativas, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera proibição de preconceitos). De par com isso, o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta pela afirmação do valor do desenvolvimento, do meio ambiente ecologicamente equilibrado, da democracia e até certos aspectos do urbanismo como direitos fundamentais. Tudo na perspectiva de se fazer da interação humana uma verdadeira comunidade; isto é, uma comunhão de vida, pela consciência de que, estando todos em um mesmo barco, não têm como escapar da mesma sorte ou destino histórico<sup>9</sup>.

No constitucionalismo fraternal, o ser humano ocupa o centro do sistema jurídico e as atividades dos poderes estatais devem ter em vista a garantia de sua dignidade. É neste contexto que se inserem as compreensões em torno do direito ao mínimo existencial, assim entendido como “direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”<sup>10</sup>, e a necessidade de realização da justiça social e distributiva, em que se lida com a distribuição de bens comuns para a coletividade.

Pensando-se o ser humano como centro do Ordenamento Jurídico, a garantia do mínimo existencial impõe a preservação do indivíduo, através de *standards* sociais mínimos. Luis Roberto Barroso aponta que, no âmbito da dignidade da pessoa humana, inclui-se a proteção do mínimo existencial, “locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas

---

<sup>9</sup> BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 216.

<sup>10</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 8.

para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral”<sup>11</sup>. Abaixo do patamar mínimo, ainda que haja sobrevivência, não há dignidade<sup>12</sup>.

Além disso, na conjuntura do constitucionalismo fraterno que marca o Estado Social Democrático de Direito, deve-se relativizar a compreensão individualista dos direitos fundamentais, relacionada à justiça comutativa, para incutir a dimensão da solidariedade.

Dito de outra forma, a visão utilitarista dos direitos fundamentais deve ser afastada para alcançar a dimensão fraternal dos mesmos. Pensar em sentido diverso pode dificultar a realização da justiça social, que indica, entre outros aspectos, a necessidade de elaboração e de execução de políticas públicas voltadas à inclusão social e à concretização de direitos fundamentais<sup>13</sup>.

A discussão clássica sobre justiça comutativa (corretiva) e distributiva remonta os ensinamentos de Aristóteles acerca das formas de visualização da justiça. Segundo o filósofo de Estagira, a justiça geral deve ser identificada com a virtude completa<sup>14</sup>, que condiz com todo e qualquer mandamento legal (o que caracteriza o justo e o injusto na justiça geral é a conformação ou não conformação à lei)<sup>15</sup>, e a justiça particular qualificada como uma parte da virtude que caracteriza o justo segundo a igualdade, “o justo deve ser ao mesmo tempo intermediário, igual e relativo (isto é, para certas pessoas)”<sup>16</sup>.

Das lições de Aristóteles, infere-se que a justiça distributiva e a justiça comutativa são subtipos da justiça particular. Enuncia Aristóteles:

Da justiça particular e do que é justo no sentido correspondente, (A) uma espécie é a que se manifesta nas distribuições de honras, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição (pois aí é possível receber um quinhão igual ou desigual ao de um outro); e (B) outra espécie é aquela que desempenha um papel corretivo nas transações entre indivíduos<sup>17</sup>.

---

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 253.

<sup>12</sup> Sobre dignidade da pessoa humana conferir SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

<sup>13</sup> “Assim, partindo-se do pressuposto da existência de uma justiça social de fato, tem-se uma sociedade que inclui todos somente porque também é possível, ao mesmo tempo, excluir os “ditos” incluídos. Este problema deve ser afrontado também pelos economistas, tendo em mente a perspectiva da justiça, mas não no sentido utilitarista. Não se pode esquecer que o utilitarismo tem, ainda, uma grande influência nos definidores de políticas públicas, tanto nacionais quanto internacionais”. (VIAL, Sandra Regina Martini. *Direito fraterno na sociedade cosmopolita*. *RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006, p. 131).

<sup>14</sup> ARISTÓTELES. *Metafísica (livro I e II), Ética a Nicômaco e Poética*. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 122.

<sup>15</sup> Ricardo Castilho pondera que “no âmbito da justiça geral podem ser tachadas de justas quaisquer ações ou omissões que colaborem para o alcance do Bem Comum, independentemente de sua natureza”. (CASTILHO, Ricardo. *Justiça Social e Distributiva: desafios para concretizar direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 18).

<sup>16</sup> ARISTÓTELES. *Metafísica (livro I e II), Ética a Nicômaco e Poética*. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 125.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 124.

No que atine à justiça distributiva, Aristóteles afirma que o justo é uma espécie de termo proporcional e o injusto é o que viola a proporção, “porque o que é proporcional é intermediário, e o justo é o proporcional”<sup>18</sup>. Diversamente, a justiça comutativa ou corretiva “será o intermediário entre a perda e o ganho”<sup>19</sup>.

Note que não se quer afirmar que o constitucionalismo fraternal ignora a realização da justiça comutativa, mas que tem por objetivo, entre outros, efetuar uma releitura com base na fraternidade da forma de implementação desta justiça, além de efetivar, no caso concreto, a justiça social e distributiva. Confirmando esta linha de pensamento, Carlos Ayres Britto assevera que “a Fraternidade é o ponto de unidade que se chega pela conciliação possível entre os extremos da Liberdade, de um lado, e, de outro, da Igualdade”<sup>20</sup>.

Em verdade, a efetivação da justiça distributiva e a realização do mínimo existencial são apenas algumas nuances do constitucionalismo fraternal, enfatizadas neste estudo a fim de direcionar a linha de raciocínio para a delimitação do ativismo judicial. Todavia, existem diversos enfoques jurídicos que não serão abordados neste artigo, em face do corte epistemológico escolhido.

Mister frisar que no ordenamento jurídico pátrio a fraternidade é compreendida como categoria jurídico-constitucional do Estado Democrático. Na trilha de Carlos Augusto Alcântara Machado:

Ao afirmar a Constituição brasileira que é objetivo fundamental da República Federativa *construir uma sociedade livre, justa e solidária*, constata-se, cristalinamente, o reconhecimento de dimensões materializadas em três valores distintos, mas em simbiose perfeita: a) Uma dimensão política: construir uma sociedade livre; b) Uma dimensão social: construir uma sociedade justa; c) Uma dimensão fraternal: construir uma sociedade solidária. Cada uma das três dimensões, ao encerrar valores próprios, *liberdade, igualdade e fraternidade*, instituem categorias constitucionais. (...) Uma sociedade fraterna é uma sociedade sem preconceitos e pluralista. E esses valores estão presentes na Constituição de 1988<sup>21</sup>.

Infere-se, portanto, que os poderes públicos devem agir em conformidade com este princípio constitucional, fato que deve repercutir nas suas atividades, consoante a perspectiva do constitucionalismo contemporâneo. Dito de outra maneira, os poderes

---

<sup>18</sup> ARISTÓTELES. *Metafísica (livro I e II), Ética a Nicômaco e Poética*. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 125.

<sup>19</sup> Para Aristóteles no concernente a justiça comutativa “o igual é intermediário entre o maior e o menor, mas o ganho e a perda são respectivamente menores e maiores em sentidos contrários; maior quantidade do bem e menor quantidade do mal representam ganho, e o contrário é perda; e intermediário entre os dois é (...) o igual, que dizemos ser justo”. (Ibid, p. 126).

<sup>20</sup> BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 218.

<sup>21</sup> MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como categoria jurídico-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Público- RBDP*. Belo Horizonte. Ano 7. N. 26. Jul/set. 2009, p. 33-54.



Legislativo, Executivo e Judiciário devem realizar na máxima medida possível, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas existentes, o princípio da fraternidade.

Com fulcro na dimensão deste constitucionalismo contemporâneo fraterno<sup>22</sup> é que se devem traçar os limites do ativismo judicial.

---

<sup>22</sup> Cumpre destacar que há duas decisões do Supremo Tribunal Federal em que a teoria do constitucionalismo fraternal foi suscitada. AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO-DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO **CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL**. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO (BRASIL, STF, Petição 3.388, Relator Ministro Ayres Britto, DJ 19/03/2009); CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. As "células-tronco embrionárias" são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou "in vitro", e não espontaneamente ou "in vida". Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares. II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O **CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL**. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião "in vitro", porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". **O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza.** Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e

### 3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A crescente importância do Poder Judiciário na mediação das relações sociais, políticas, culturais e econômicas, com escopo de garantir direitos fundamentais e concretizar o Estado Constitucional e Democrático de Direito deu guarida ao fenômeno da judicialização da política.

Judicialização significa que questões de grande repercussão social estão sendo decididas pelo Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais (Congresso Nacional e Poder Executivo)<sup>23</sup>.

No Brasil, este fato pode ser observado, com notável clarividência, a partir da Constituição Cidadã de 1988, que, dotada de força normativa vinculante para todos os poderes estatais, materializou inúmeros direitos, antes relegados ao plano político-formal.

Por certo, o fenômeno comporta múltiplas causas, que expressam, muitas vezes, tendência mundial.

Voltando os olhares para o ordenamento jurídico pátrio, a redemocratização do país, a força normativa da Constituição seguida da constitucionalização abrangente e a expansão da jurisdição constitucional, através do sistema de controle de constitucionalidade difuso e concentrado, foram causas seminais para a judicialização.

Existem divergentes avaliações a respeito da repercussão do papel invasivo do direito nas instituições políticas. Há um eixo procedimentalista, em defesa de um Judiciário com poderes mais limitados<sup>24</sup>, e um eixo substancialista que preconiza uma participação mais efetiva do Judiciário nas democracias contemporâneas<sup>25</sup>.

---

se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello) (...) (BRASIL, STF, ADI 3510/DF, Relator Ministro Ayres Britto, DJ 29/05/2008).

<sup>23</sup> BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*. nº 4, jan-fev/2009, OAB. Disponível em <<http://www.oab.org.br/oabeditora/>>. Acesso em 14 de maio de 2010.

<sup>24</sup> A corrente procedimentalista é defendida, dentre outros autores, Junger Habermas e LUHMANN, Niklas Luhmann. Cf. HABERMAS, Jünger. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1. 2. ed.. Tradução Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

<sup>25</sup> “De acordo com o eixo procedimentalista, a igualdade, ao reclamar mais Estado em nome da justiça distributiva, favorece a privatização da cidadania. A democratização social tem como consequência a estatização dos movimentos sociais, a decomposição da política e a judicialização da mesma. O gigantismo do poder Judiciário gerou um desestímulo a um agir orientado para fins cívicos, tornando o juiz e a lei como as únicas referências para indivíduos socialmente perdidos.[...] Para o eixo substancialista, o redimensionamento do papel do Judiciário e a invasão do direito nas sociedades contemporâneas soam como uma extensão da tradição

Em um viés substancialista, o jurista norte-americano Ronald Dworkin propugna a transferência de questões políticas para o Poder Judiciário a fim de preservar e concretizar direitos individuais. “*Estou afirmando agora apenas que os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direitos*”<sup>26</sup>.

Conforme lições de Ronald Dworkin, o deslocamento de conflitos políticos para o Judiciário exige que litígios sejam solucionados com fundamentos jurídicos e não políticos. É dizer: os juízes devem ser guiados por argumentos de princípios e não de política<sup>27</sup>. Nesse sentido, argumenta: “*Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob o nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove o bem-estar geral*”<sup>28</sup>.

No entendimento deste jurista, o controle judicial dos atos políticos democratiza a tomada de decisões, devido a existência de minorias que não têm seus direitos garantidos através da atuação política dos Poderes Legislativo e Executivo. Deste modo, ilustre-se:

Sem dúvida, é verdade, como descrição do bem geral, que numa democracia o poder está nas mãos do povo. Mas é por demais evidente que nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político. Muitos cidadãos, por um motivo ou outro, são inteiramente destituídos de privilégios. O poder econômico dos grandes negócios garante poder político especial a quem os gere. [...] Essas imperfeições no caráter igualitário da democracia são bem conhecidas e, talvez, parcialmente irremediáveis. Devemos levá-las em conta ao julgar quanto os cidadãos individualmente perdem de poder político sempre que uma questão sobre direitos individuais é tirada do legislativo para o judiciário.

[...]

Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais são efetivamente fundamentadas<sup>29</sup>.

Por certo, não se pretende defender aplicação integral da corrente substancialista postulada por Ronald Dworkin no Ordenamento Jurídico Brasileiro, uma vez que há inúmeras diferenças institucionais, jurídicas e sociais entre Estados Unidos e Brasil. Entretanto, de certa maneira, alguns dos ensinamentos proferidos pelo jurista norte-americano, encaixam-se no

---

democrática a setores ainda pouco integrados à sua ordem. Nesse sentido, ele valoriza o ativismo judicial”. (OLIVEIRA, Vanessa Elias; CARVALHO NETO, Ernani. *A Judicialização da Política: um tema em aberto*. Política Hoje Revista do Mestrado em Ciências Políticas da UFPE, Brasil, v. 1, n. 15, 2006. Disponível em <http://politicahoje.com/ojs/viewarticle.php?id=101>. Acesso em 13 de maio de 2010).

<sup>26</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 27.

<sup>27</sup> Ronald Dworkin denomina política “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas)”. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36).

<sup>28</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 101.

<sup>29</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 31-32.

mosaico jurídico do Brasil, servindo de subsídio para a realização da Constituição Federal de 1988.

Isto é claramente demonstrável quando decisões de controle de constitucionalidade adentram em questões eminentemente políticas para garantir direitos fundamentais ou na intervenção judicial em políticas públicas de saúde, educação, moradia, segurança, etc<sup>30</sup>.

Com efeito, a judicialização da política é reflexo de um modelo institucional e intervencionista de Estado, que propende à efetivação de direitos e ao arrefecimento das desigualdades sociais<sup>31</sup>.

O contexto sócio-político do Brasil, coordenado por uma Constituição Dirigente<sup>32</sup>, repleta de valores, permite o redimensionamento do papel do Judiciário, com a conseqüente judicialização da política, afeta inicialmente ao Legislativo ou ao Executivo, em prol da garantia dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito.

Sob este enfoque, opta-se pela vertente substancialista e se admite a intervenção jurisdicional sempre que o Legislativo ou o Executivo não tenham em vista o cumprimento do desígnio insculpido na *Lex Maxima*, em frontal agressão aos princípios representativo e democrático.

Caso não haja o atendimento das metas constitucionais, tanto por omissão legislativa, como por ausência de implementação de políticas públicas ou má utilização dos recursos públicos pelo Executivo, o Judiciário estará legitimado a intervir, desde que provocado, para efetuar o controle jurídico destes atos e omissões em prol da concretização do texto constitucional.

---

<sup>30</sup> Em vários pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal observa-se, com clarividência, o fenômeno da judicialização da política. Conferir entre outras decisões: STF, ADI 3998. Rel. Min Gilmar Mendes, DJ 31/03/2008; STF, ADI 3510, Rel. Min. Ayres Britto; STF, ADPF 54-8, Rel. Min. Marco Aurélio;

<sup>31</sup> Na trilha deste raciocínio, Luís Roberto Barroso adverte que “a judicialização no Brasil decorre do modelo constitucional brasileiro e, portanto, em alguma medida ela é inevitável. Constitucionalizar é tirar uma matéria da política e trazê-la para dentro do Direito. E, portanto, existem prestações que o Judiciário não pode se negar a apreciar - e é muito bom que seja assim. Porém, a judicialização tem uma óbvia faceta negativa. É que, na medida em que uma matéria precise ser resolvida mediante uma demanda judicial, é sinal que ela não pôde ser atendida administrativamente; é sinal que ela não pôde ser atendida pelo modo natural de atendimento das demandas, que é, por via de soluções legislativas, soluções administrativas e soluções negociadas. A faceta positiva é que, quando alguém tem um direito fundamental e esse direito não foi observado, é muito bom poder ir ao Poder Judiciário e merecer esta tutela”. (BARROSO, Luís Roberto. *O acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios ao Poder Judiciário*. In: Audiência Pública – Saúde. Disponível em [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis\\_Roberto\\_Barroso.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf)).

<sup>32</sup> “Nitidamente, a nossa Constituição Federal é dirigente, já que objetiva uma mudança social, indo além de representar um simples elenco de instrumentos de governos. Percebe-se esta característica, pois ela apresenta inúmeros programas/metast a serem atingidos pelo Estado e pela sociedade”. (VIAL, Sandra Regina Martini; OLIVEIRA, Christiano Augusto Seckler de. O direito à saúde e os determinantes sociais. *Revista da Defensoria Pública*. Ano 1- n. 1 – jul/dez 2008. Edição Especial Temática sobre Direito à saúde. Vol. 2, p. 284-285)

Cumpra-se asseverar que, apesar da elevada proximidade, Luis Roberto Barroso sustenta que judicialização e ativismo judicial não são fenômenos similares. Para o autor, enquanto judicialização resulta do modelo institucional adotado no ordenamento jurídico, ativismo judicial é atitude proativa de expansão do sentido e alcance da Constituição por meio da interpretação, normalmente em face da crise de representatividade do Legislativo<sup>33</sup>.

Ocorre que, no ordenamento Jurídico brasileiro, o entrelaçamento entre judicialização e ativismo resta nítido, pelo fato de o modelo institucional que incorporou a judicialização, ter decorrido, em grande parte, da crise de representatividade do Legislativo e do Executivo. Neste passo, importa propugnar um ativismo baseado na racionalidade das decisões e no diálogo entre os poderes. O Judiciário não pode se furtar ao diálogo e decidir unilateralmente.

Malgrado a importância da judicialização da política para resguardar direitos fundamentais, o fenômeno precisa ser materializado com parâmetros de racionalidade, para que não haja hipertrofia do Judiciário e desequilíbrio entre os poderes.

Observa-se que, não obstante a difusão de procedimentos judiciais em campos de deliberação política, ainda não existe um comportamento amplo do Judiciário no sentido de concretizar, com razoabilidade, direitos fundamentais sociais, em detrimento de determinadas políticas governamentais. Tal fato decorre, entre outros motivos, pela insuficiência da capacidade institucional do Judiciário, que nem sempre dispõe de informações técnicas necessárias para avaliar o impacto de suas decisões. Necessário, portanto, criar suportes para efetividade da atuação jurisdicional.

Em outros termos, não se tenciona um ativismo judicial indiscriminado, mas uma atuação baseada, concomitantemente, na racionalidade das decisões judiciais – com uma análise prévia e ponderada dos impactos de suas deliberações para a sociedade – na afirmação de direitos fundamentais, na ampliação da cidadania e na concretização do princípio da fraternidade.

Ao se lançar um olhar sobre a realidade nacional, verifica-se que a judicialização da política, em temas como saúde e educação, por exemplo, faz parte do cenário jurídico brasileiro. Entretanto, é mister racionalizar a judicialização de modo a garantir o princípio democrático.

---

<sup>33</sup> BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*. n.º 4, jan-fev/2009, OAB. Disponível em <<http://www.oab.org.br/oabeditora/>>. Acesso em 14 de maio de 2010.

Deve-se reconhecer que, na solução de questões que envolvem política de Estado ou de Governo, exige-se que decisões sejam fundamentadas com conhecimentos de outras áreas, tais como economia, políticas públicas e regulação de atividades econômicas ou de serviços públicos delegados a particulares, a fim de que as deliberações sejam aptas a promover os valores constitucionais em jogo<sup>34</sup>. O fato é que a judicialização da política ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas operadores do Direito, mas também gestores públicos, profissionais de outras áreas do conhecimento e a sociedade civil como um todo.

Para o alcance deste desiderato, a criação de assessorias técnicas nas diversas áreas para balizar as decisões judiciais faz-se necessária<sup>35</sup>. Ademais, deve-se cobrar dos magistrados a motivação de suas decisões e um exame criterioso dos casos concretos com argumentação racional e persuasiva, a fim de evitar o afamado problema da politização da justiça.

A questão da judicialização da saúde, por exemplo, é alvo de constantes debates doutrinários e jurisprudenciais. No mês de março de 2009, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, convocou diversos setores da sociedade civil e do Estado para audiência pública, em razão dos diversos pedidos de suspensão de segurança, de suspensão de tutela antecipada e de suspensão de liminar em trâmite no âmbito da Presidência do Supremo Tribunal Federal, com vistas a suspender a execução de medidas cautelares que condenavam a Fazenda Pública ao fornecimento das mais variadas prestações de saúde (fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTIs e leitos hospitalares; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias e exames; custeio de tratamento fora do domicílio, inclusive no exterior, entre outros). O objetivo da audiência pública foi buscar soluções para tais demandas e criar parâmetros para decisões relacionadas à judicialização da saúde.

Naquela ocasião, foram expostas doutrinas, técnicas, e maneiras de atuação política e jurisdicional, por pessoas de distintas áreas de conhecimento, em busca de

---

<sup>34</sup> Acerca da comunicação entre as disciplinas e ciências, ensina Edgar Morin: “Intelectualmente, as disciplinas são plenamente justificáveis, desde que preservem um campo de visão que reconheça e conceba a existência das ligações e das solidariedades. E mais: só serão plenamente justificáveis se não ocultarem realidades globais”. (MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Trad. Eloá Jacobina. 8ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p. 112-113).

<sup>35</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *O acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios ao Poder Judiciário*. In: Audiência Pública – Saúde. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.IngoSarlettitulardaPUC.pdf>. Acesso em 13 de maio de 2010.

estratégias a serem utilizadas pelo Poder Judiciário na decisão de conflitos, que envolvessem saúde pública.

Carlos Alberto Menezes Direito, por exemplo, avaliou que uma possível solução, já em prática em alguns estados, é a realização de reuniões periódicas de juízes com as autoridades de saúde do estado de modo a estabelecer um critério razoável de atendimento<sup>36</sup>.

Em relação a políticas públicas na área de saúde, que atendem a um determinado grupo ou segmento, em detrimento de outros, Luís Roberto Barroso pondera que o debate deve ser convertido, de um debate individual, para um debate coletivo. Para o autor, o Judiciário deve privilegiar ações coletivas, que decidam se todas as pessoas que necessitam de determinado medicamento, por exemplo, merecem ser atendidas. Ou seja, defende-se a criação de políticas públicas para atender a necessidades de interesse geral da sociedade no âmbito da saúde<sup>37</sup>.

Significa, portanto, a busca da judicialização da política pública de saúde de maneira racional, a partir de debates e táticas para otimizar decisões judiciais e democratizar a interpretação constitucional<sup>38</sup>, em atendimento aos princípios e valores delineados pelo constituinte.

Esta perspectiva precisa ser alargada para alcançar a solução de conflitos judiciais que envolvam outras políticas públicas, como educação, segurança, moradia, etc. Sem dúvidas, a racionalidade na judicialização da política está em concordância com os valores do constitucionalismo contemporâneo fraterno e é seminal para garantia do Estado Democrático de Direito.

#### **4 DELINEANDO ALGUNS LIMITES PARA O ATIVISMO JUDICIAL**

---

<sup>36</sup> MENEZES DIREITO, Carlos Alberto. *O acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios ao Poder Judiciário*. In: Audiência Pública – Saúde. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.Min.MenezrsDireito.pdf>. Acesso em 13 de maio de 2010.

<sup>37</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios ao Poder Judiciário*. In: Audiência Pública – Saúde. Disponível em [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis\\_Roberto\\_Barroso.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf). Acesso em 13 de maio de 2010.

<sup>38</sup> Segundo Peter Harbele a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Desta maneira “é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas”. (HARBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 14).

Inicialmente, não se deve descurar que é papel do Poder Judiciário no Estado Democrático proteger e conferir efetividade às normas constitucionais, através da interpretação da Constituição, das leis e dos atos administrativos.

Quer se dizer com isso que, em caso de inobservância dos preceitos da Constituição, bem como de omissão total ou parcial do Executivo ou do Legislativo, o Poder Judiciário estará legitimado a intervir para preservar a supremacia constitucional.

Nesse caso, não há que se falar em ofensa ao princípio da separação dos poderes ou excesso de judicialização.

A Constituição Democrática não consagrou em seu texto o princípio da separação dos poderes de maneira absoluta, eis que admitiu o controle recíproco entre os mesmos (*checks and balances*). Portanto, a intervenção do Judiciário manifesta-se como uma salvaguarda institucional, a fim de garantir a existência de um modo de vida capaz de respaldar os direitos fundamentais dos cidadãos<sup>39</sup>.

Para além disso, a intervenção do Judiciário não deve substituir a competência do Executivo ou do Legislativo, mas apenas controlar a constitucionalidade de suas ações, dirimir conflitos por meio da interpretação e argumentação racional, com vistas a garantir a democracia e proteger direitos fundamentais. Não é outro o entendimento de Luís Roberto Barroso ao apregoar que se as leis e os atos administrativos implementarem a Constituição e forem regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção<sup>40</sup>.

O controle de constitucionalidade das políticas públicas, por exemplo, decorre da supremacia constitucional, o que não quer significar que “não haja espaço autônomo de deliberação majoritária acerca da definição das políticas públicas ou do destino a ser dado aos recursos disponíveis (...) não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo”<sup>41</sup>.

Mirkine-Guetzévitch, ao tratar da supremacia da Constituição, frisou que a ideia de “superlegalidade dos textos constitucionais” espalhou-se pelo mundo a partir do século dezoito graças à difusão da teoria do controle de constitucionalidade das leis. Para o autor, a instituição do controle de constitucionalidade é um dos fenômenos de racionalização do

---

<sup>39</sup> DIAS, Jean Carlos. *O controle Judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007. p. 99.

<sup>40</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em 15 de junho de 2010.

<sup>41</sup> BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das Políticas Públicas. In: *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (org.). São Paulo: Renovar, 2006.



poder, que expressa de forma concreta o primado do poder constituinte e garante a legalidade superior da Constituição<sup>42</sup>.

Como se vê, no altiplano do direito constitucional contemporâneo, indeclinável a possibilidade de controle judicial de políticas públicas e de escolhas orçamentárias.

Questão bastante controversa, que tem gerado inúmeras polêmicas do ponto de vista jurídico, político e econômico, relaciona-se à intervenção jurisdicional no orçamento por via indireta, através de decisões judiciais que determinam realocação de recursos para cumprimento de obrigação de fazer no mesmo exercício financeiro, sob o fundamento da aplicabilidade direta e imediata de direitos fundamentais sociais.

Trata-se da distribuição de recursos públicos pelo Judiciário, que repercute diretamente nas escolhas orçamentárias dos gestores<sup>43</sup>. Liminares em ações individuais que determinam a exigibilidade concreta de prestações para garantia de direitos fundamentais sociais, sem considerar as circunstâncias fáticas relacionadas à escassez de recursos e a lei orçamentária em vigor<sup>44</sup>; decisões que obrigam o Executivo a construir salas de aula<sup>45</sup>, leitos em hospitais, abrigos para adolescentes infratores, no mesmo exercício financeiro, ainda que não exista dotação orçamentária para tanto; alteração de objetivos traçados em programas de governo para concretizar direitos fundamentais sociais ou exigência de implementação de políticas públicas não incluídas no orçamento para o mesmo exercício financeiro, são algumas

---

<sup>42</sup> GUETZÉVITCH, Mirkine. *As novas tendências do Direito Constitucional*. Tradução de Candido Motta Filho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933, p. 72 - 74.

<sup>43</sup> Uma vez ultrapassada a perspectiva utópica da inegotabilidade de recursos públicos, decorrente da doutrina keynesiana, que advogava a expansão dos gastos ainda que à custa do déficit do Estado, tem-se que o fenômeno da escassez provoca necessidade de escolhas orçamentárias.

<sup>44</sup> “Não existindo escolas, hospitais e servidores capazes e em número suficiente para prestar o serviço, o que fazer? Prestá-lo a quem tiver tido a oportunidade e a sorte de obter uma decisão judicial e abandonar a imensa maioria à fila de espera? Seria isto viável de fato e de direito, se o serviço público deve pautar-se pela sua universalidade, impessoalidade e pelo atendimento a quem dele mais precisar e cronologicamente anteceder os outros? Começam, pois, a surgir dificuldades enormes quando se trata de defender com instrumentos individuais um direito social”. (LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1ª ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 131).

<sup>45</sup> “O titular do Juizado da Infância e Juventude de Goiânia, juiz Maurício Porfírio Rosa, determinou ao Estado de Goiás a construção de 953 salas de aula nos colégios estaduais da capital até o final do exercício de 2008. A ordem judicial foi requerida em ação civil pública proposta pelo Ministério Público (MP) para que sejam atendidas as exigências estabelecidas pela legislação, no que se refere à quantidade mínima de alunos por salas”. (Notícia disponível em <http://www.tjgo.jus.br/bw/?p=3848>. Acesso em 03 de junho de 2010). Em sentido contrário, decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, *in verbis*: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - IMPLEMENTAÇÃO DE 288 VAGAS NA REDE MUNICIPAL DE ENSINO INFANTIL E INCLUSÃO DA DESPESA NO ORÇAMENTO - IMPOSSIBILIDADE - OBEDIÊNCIA À LEI ORÇAMENTÁRIA. Não se pode negar a obrigação do Estado com a educação, prescrita no art. 205 e seguintes da Constituição da República Federativa do Brasil. A análise de casos como este, deve ser sob o prisma da capacidade financeira do Município, a inesperada criação de 288 vagas em creches e pré-escolas municipais e a inexistência de receita, hipótese que pode causar um gravame aos cofres públicos e um desequilíbrio no orçamento do pequeno Município (Gaspar)”. (Apelação Cível n.º 2006.048011-0, de Gaspar. 1ª Câmara. Dir. Públ. do TJSC, rel. Des. Volnei Carlin, v. u., DJ 167, 19 mar. 2007, p. 201).

situações que precisam ser analisadas pontual e cuidadosamente, a fim de que não haja subversão do princípio democrático e ativismo judicial indiscriminado. Observe que para estas decisões judiciais não existem rubricas específicas no orçamento<sup>46</sup>, fato que impõe realocação de recursos públicos.

Não se afirma, contudo, que tais intervenções jurisdicionais sejam antidemocráticas, mesmo porque esta percepção depende da análise de cada caso concreto, porém, defende-se, a necessidade de observância de limites inferidos teleologicamente do próprio sistema, com o intuito de harmonizar o controle do Poder Judiciário com as funções do Legislativo e do Executivo e com o próprio texto da Constituição Federal.

Observe que os juízes não devem substituir o Executivo nas escolhas orçamentárias para satisfação de direitos fundamentais sociais, mas podem e devem examinar se as medidas eleitas são idôneas e razoáveis à concretização de tais direitos. Se a alocação for visivelmente desarrazoada ou fundamentada em motivos escusos, discriminatórios, de interesse pessoal do gestor, ter-se-á uma situação passível de controle. Corroborando este raciocínio, exemplifica Dirley da Cunha Jr.:

Imaginemos a hipótese do Prefeito de um pequeno Município, carente de mais postos de saúde, comprometer os recursos públicos disponíveis em obras voluptuárias ou de embelezamento da cidade, como a construção de um piscinão ou o asfaltamento das vias principais da urbe. No caso alvitrado, está claro que o poder público adotou uma providência não ideal ou não razoável, porque não atendeu às prioridades locais e ao interesse público mais emergente. Essa atuação do poder público pode ser, sem dúvida, contrastada judicialmente<sup>47</sup>.

A própria Constituição Federal de 1988 estabelece estreitamentos ou exclusões de alternativas possíveis em relação a direitos fundamentais sociais, que afunilam a margem de conformação do administrador para escolhas orçamentárias, desde o planejamento até a execução. Portanto, em caso de alocações financeiras que transgridam comandos constitucionais e a máxima de proporcionalidade é possível haver controle pelo Judiciário.

Desde já, insta sublinhar que a intervenção jurisdicional não deve focar os meios que a Administração Pública precisa adotar a fim de satisfazer direitos fundamentais sociais

---

<sup>46</sup> Para cumprimento de decisão judicial há três tipos de despesas previstas no orçamento – precatórios, sentenças de pequeno valor e outras decisões. Para pagamento de precatório e sentença de pequeno valor há expressa previsão constitucional de inclusão no orçamento de dotações para esta finalidade. Entretanto, não há previsão de despesa específica no orçamento para decisão que protege direito social de determinado indivíduo, razão pela qual deve ser incluída em “outras decisões”. Ocorre que, como é impossível prever a quantidade de demandas judiciais pleiteando proteção de determinado direito social haverá necessidade de suplementação de despesa pelo Executivo e de autorização do Legislativo para criação de créditos especiais para atender a decisão judicial.

<sup>47</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do poder público*. 2 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 472-473.

(discricionariedade de meios)<sup>48</sup>. Contudo, o Poder Judiciário pode ser provocado para analisar a escolha do gestor a partir de noções de razoabilidade, de adequação, de necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito.

Além da discricionariedade de meios, impõe-se como limite à intervenção judicial nas escolhas orçamentárias a observância de regras e princípios constitucionais que regem os gastos públicos. As vedações expressas no art. 167, CF/88, que proíbem o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual ou mesmo a realização de despesas que excedam os créditos orçamentários, sob pena de constituir crime de responsabilidade (art. 85, VI, CF/88), precisam ser levadas em consideração pelo Judiciário no momento de exigir a efetivação de direitos fundamentais sociais.

Observe que há uma diferença substancial entre declarar a inconstitucionalidade da lei orçamentária, ou a ilegalidade dos atos de execução do orçamento, e exigir a realocação de recursos previstos a partir de um planejamento coerente com os preceitos constitucionais. Nesta última hipótese, haverá colisão entre normas constitucionais: regras orçamentárias *versus* direitos fundamentais sociais (princípios).

No mesmo sentido, é o limite decorrente das exigências para geração de despesas prescritas na lei de responsabilidade fiscal<sup>49</sup>. Nada impede, todavia, que diante das circunstâncias do caso concreto, metas sociais prevaleçam sobre metas fiscais.

---

<sup>48</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. CASSAÇÃO DE LIMINAR. INSTALAÇÃO IMEDIATA DE UMA DELEGACIA DE ATENDIMENTO AO ADOLESCENTE. DESCASO COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NECESSIDADE DE TEMPO. GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA. INVASÃO DA SEARA PRIVATIVA DA ADMINISTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE ESTUDO PRÉVIO. TESES CONTEMPLADAS. RECURSO PROVIDO. 1. A construção de uma Delegacia de Atendimento ao Adolescente, apesar de representar um direito fundamental da criança e do adolescente, insculpido no art. 227 da CF e ratificado nos art. 4º e 5º do ECA, está inserido no poder discricionário do administrador, que deverá analisar a oportunidade e conveniência para a realização da obra. Dessa forma, em conformidade com o princípio da discricionariedade, o Poder Público tem liberdade para escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve existir, com a finalidade de sempre preservar o interesse público. 2. Não cabe ao judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Poder Executivo, para determinar a construção de obra especificada, sob pena de ferir o princípio da separação dos poderes, que constitui cláusula pétrea, estabelecida no artigo 60, §4º, III, da Constituição Federal. 3. É necessário antes da construção, se fazer uma previsão orçamentária, um estudo prévio, caso contrário, ferindo o inclusive o princípio constitucional como o da obrigatoriedade de procedimento licitatório, realização de concurso público para a nomeação de servidores, gerando graves prejuízos e ônus aos cofres públicos, com poucos resultados práticos para a comunidade. 4. A alegação de desarrazoabilidade do curto tempo fornecido merece prosperar. 5. Recurso conhecido e provido. (TJ/PA, Agravo de Instrumento n.º 2008.3.010128-0, Desembargador Relator: José Maria Teixeira do Rosário, DJ 27/05/2010).

<sup>49</sup> Prescreve o art. 16. da lei de responsabilidade fiscal - A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de: I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes; II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias. § 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se: I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma

Necessário advertir que a discricionariedade administrativa existe tão somente em relação ao modo de cumprimento do ditame legal, não cabendo à Administração Pública invocá-la para furtar-se a um dever legalmente imposto.

Desta maneira, uma vez provocado, o Judiciário deve suprir omissões governamentais relacionadas às políticas públicas descritas em comandos legais, determinando que conste na lei orçamentária do exercício subsequente dotação específica para execução do programa. Exatamente neste sentido, foi a decisão da Min. Rel. Eliana Calmon ao julgar recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, que objetivava compelir a Prefeitura Municipal de Santos a implantar programa para atendimento de crianças e adolescentes viciados no uso de entorpecentes, previsto na resolução normativa 4/97 do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente. Confira-se:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido<sup>50</sup>.

Na mesma linha registre-se decisão do Tribunal de Justiça de Pernambuco que determinou a inclusão, no orçamento do exercício financeiro de 2010, de verba suficiente à inserção de famílias, que ocupavam irregularmente áreas do Município de Recife, em programas habitacionais ou custeio das despesas com aluguel de moradias provisórias<sup>51</sup>.

É óbvio que se a ausência da política pública atingir direito ao mínimo existencial, aferido no caso concreto pelo Judiciário, o provimento jurisdicional deve consistir na execução imediata da política pública, fato que implicaria, numa análise superficial, necessidade de alteração da lei orçamentária no mesmo exercício financeiro. Entretanto, com o intuito de evitar mudanças no orçamento e diminuir os impactos financeiros e alocatórios das decisões judiciais, parece razoável defender que o Juiz alegue, na fundamentação da

---

espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício; II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições. § 2º A estimativa de que trata o inciso I do *caput* será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas. § 3º Ressalva-se do disposto neste artigo a despesa considerada irrelevante, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias. § 4º As normas do *caput* constituem condição prévia para: I - empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras; II - desapropriação de imóveis urbanos a que se refere o § 3º do art. 182 da Constituição.

<sup>50</sup> STJ, Resp. n 493.811-SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 11/11/2003.

<sup>51</sup> TJ/PE, AI 0191.310-4, Relator Luiz Carlos Figueiredo, DJ 15/12/2009.

decisão, e não no dispositivo da sentença, a viabilidade de utilizar verbas destinadas à reserva de contingência ou de fazer contingenciamento de despesas para garantia de direitos sociais fundamentais mínimos. Em linha semelhante, adverte Eduardo Appio:

Mesmo nos casos em que não existam valores específicos previstos em orçamento, a ordem judicial determinará a utilização de recursos públicos, previstos em rubrica especial, destinadas a fazer frente às despesas de natureza emergencial, consoante determina a lei de responsabilidade fiscal. Os valores deverão sair da chamada 'reserva de contingência', que deverá estar prevista na Lei de Diretrizes Orçamentárias, não havendo necessidade de alteração da lei orçamentária anual no ano de cumprimento da decisão. O crédito a ser previsto na lei orçamentária anual, todavia, não pode ter um valor ilimitado, razão pela qual o Poder Público terá limites mesmo em sede de despesas contingenciais (Lei de Responsabilidade Fiscal, art. 5º, §4º), do que pode resultar necessidade de uma suplementação orçamentária específica para atender a novas despesas decorrentes de decisões judiciais. Caso a decisão projete despesas de caráter continuado para os anos subseqüentes, a lei orçamentária anual ulterior deverá prever estas despesas, sob pena de responsabilidade direta e pessoal do chefe do Poder Executivo<sup>52</sup>.

Muito embora a nítida aproximação com o pensamento aqui delineado, diverge-se do autor quanto à judicialização excessiva do Poder Judiciário ao impor, através de comando judicial, a utilização de recursos da reserva de contingência. Na realidade, compete ao Executivo decidir a melhor forma de concretização do direito fundamental social. O Judiciário deve apenas indicar, no fundamento da decisão, a possibilidade de retirar verbas da reserva de contingência, de criar créditos adicionais, de fazer contingenciamento de necessidades terciárias etc., fato que obstará alegação de insuficiência de recursos para furtar-se ao cumprimento da decisão<sup>53</sup>. Sufragando esta linha de raciocínio, adverte Ricardo Lobo Torres:

Se por absurdo, não houver dotação orçamentária, a abertura de créditos adicionais cabe aos poderes políticos (Administração e Legislativo), e não ao Judiciário, que apenas reconhece a intangibilidade do mínimo existencial e determina aos demais poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis. Na insuficiência da verba, o Executivo, desde que autorizado pelo Legislativo (art. 167, V, da CF), deve suplementá-la pressionado pelo Judiciário; não havendo a dotação necessária a garantia do direito, o Legislativo deve abrir o crédito especial providenciando a anulação das despesas correspondentes aos recursos necessários<sup>54</sup>.

Seguindo o mesmo raciocínio, não parece legítima a determinação do Judiciário do bloqueio ou seqüestro de recursos públicos para garantir direito fundamental social, salvo

---

<sup>52</sup> APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 170.

<sup>53</sup> Não se deve descurar de que a proteção do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível. "Em outras palavras, o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas garantias institucionais da liberdade e na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos". (TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol. V. O Orçamento na Constituição. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 407-408).

<sup>54</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 96.

em caso de descumprimento de sentença judicial que envolva proteção ao mínimo existencial, como meio coercitivo.

Com lastro nestes argumentos, vê-se que a superação da lacuna orçamentária, por exemplo, deve ser realizada por instrumentos orçamentários conferidos ao Executivo, com prévia autorização do Legislativo, e não à margem das regras e princípios constitucionais que regulam o orçamento<sup>55</sup>.

O Judiciário não deve se tornar alocador de recursos públicos. A difícil tarefa de efetuar escolhas, quanto à distribuição de recursos escassos para garantia de direitos fundamentais, e a possibilidade de alteração do orçamento compete ao Executivo, que possui aparato técnico e institucional para verificar as reais necessidades da população e a melhor forma de remanejamento de recursos, a fim de não inviabilizar outros programas sociais e não convulsionar o orçamento público.

Convém assinalar ainda, com base no constitucionalismo fraternal, a necessidade de traçar parâmetros para a atividade do Poder Judiciário no que tange a decisão referente a conflitos distributivos.

Em primeiro lugar, não há como perder de vista que a proteção de direitos relacionados à saúde, educação, moradia, etc., envolvem demandas distributivas de caráter plurilateral (o vencedor não pode excluir o perdedor), e não conflitos comutativos de feição bilateral (um ganha e o outro perde). Em derredor da ideias de José Reinaldo Lima Lopes tem-se que:

Esta diferença consiste exatamente no fato de os conflitos distributivos serem jogos *de soma não zero*, ao passo que os conflitos comutativos são jogos *de soma zero*. Os jogos de soma não zero, esclarece-nos a ciência política, são aqueles em que todas as partes perdem ou ganham proporcionalmente alguma coisa. E justamente por causa disto a autoridade chamada arbitrar um conflito assim (...) vê-se impelida ou mesmo constringida a servir de mediador ou conciliador<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Em sentido diverso do que é defendido nesta dissertação, convém registrar a seguinte decisão: PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA NO SETOR DE NAVEGAÇÃO AEROPORTUÁRIA. CONSTRUÇÃO DE ATERRO OU USINA DE LIXO. NECESSIDADE. ABERTURA DE CRÉDITO SUPLEMENTAR. DOTAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. SUBORDINAÇÃO. PRAZO E MULTA JUDICIAIS. Com o aparecimento dos “lixões” em torno de aeroportuárias, torna-se premente a construção de aterro sanitário ou usina de compostagem de lixo, questão em que se encontra envolvida a segurança aeroportuária. A dotação orçamentária para esse fim é a providência de abertura de crédito suplementar por parte da autoridade municipal que, em se tratando de ação civil pública e caso não queira adotar essa providência, decorrido o prazo de trinta dias, se subordinará à multa judicial. Agravo parcialmente provido. (TRF 5ª região. Ag 980506588-0. Rel. Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, DJ 06/07/2001). Segundo a linha de raciocínio aqui perseguida, a imposição de abertura de crédito suplementar pelo Judiciário afronta regras constitucionais orçamentárias e atinge a margem de apreciação conferida ao Executivo e ao Legislativo.

<sup>56</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006, p. 168.

Em razão do caráter coletivo e distributivo, tais direitos devem ser afirmados por políticas públicas e não por decisões judiciais centradas em situações individuais e específicas. O conhecimento das necessidades sociais da comunidade, da melhor técnica para distribuição de recursos escassos, e das possibilidades orçamentárias é essencial para definir políticas públicas voltadas à concretização de direitos fundamentais sociais, porém nem sempre é acessível ao Judiciário. Decisão judicial sobre a exigibilidade destes direitos, que ignora estas circunstâncias, pode causar problemas sociais maiores do que os que estão sendo tutelados, pois provoca redistribuição indireta de recursos de políticas públicas e nem sempre garante o princípio da fraternidade.

A canalização de recursos em situações individualizadas, sem observar circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, afronta, por exemplo, o espírito do art. 196, da Carta Magna, que tem por escopo viabilizar a garantia do direito fundamental à saúde de forma universal e igualitária. Não parece correto admitir que o Judiciário intervenha nas escolhas orçamentárias sem observar critérios mínimos que direcionem sua decisão e reduzam os impactos da mesma sobre o orçamento. A essencialidade da prestação e a necessidade do indivíduo<sup>57</sup>, por exemplo, devem servir de guias para a tomada de decisão.

Não se quer com isso afastar a possibilidade de acesso à justiça de maneira individualizada quando há lesão a direito fundamental social, mas sim ressaltar a necessidade de o Judiciário ter uma visão global de todas as circunstâncias adjacentes ao caso a fim de não transgredir a justiça distributiva.

Nos casos que envolvem direitos fundamentais sociais, o Judiciário precisa ter por escopo garantir uma macrojustiça, ou seja, “a justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam a estar em situação similar, sob pena de quebrar a isonomia”<sup>58</sup>.

Assim, assegurar o direito de tratamento médico, no exterior, a determinada pessoa, independentemente dos custos, da essencialidade da prestação e da necessidade do indivíduo, revela uma intervenção jurisdicional, nitidamente, inconseqüente, salvo se ficar demonstrada a necessidade de proteção do direito ao mínimo existencial<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> É inelutável reconhecer que as políticas sociais devem levar em consideração as pessoas, tradicionalmente, mais vulneráveis. Daí a importância de se verificar a necessidade do indivíduo em cada caso concreto.

<sup>58</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha* – em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 39.

<sup>59</sup> ADMINISTRATIVO. SUS. DOENÇA RARA NÃO DIAGNOSTICADA. FINANCIAMENTO DE VIAGEM AO EXTERIOR PELO SUS. IMPOSSIBILIDADE. RESERVA DO POSSÍVEL. 1. Consabido que o Estado brasileiro dispõe de recursos limitados para a implantação e consecução de políticas públicas diversas, realização de investimentos e prestação dos serviços públicos essenciais. 2. A saúde, apesar de ser um direito assegurado a

Em síntese, limites como o respeito à discricionariedade de meios, aos princípios e às regras constitucionais, a necessidade de utilização da técnica da ponderação em caso de colisão de princípios, a observância de critérios distributivos para conflitos de caráter plurilateral, são alguns delineamentos inferidos do sistema constitucional contemporâneo, que devem ser observados pelo Poder Judiciário a fim de não transformar a atividade legítima de garantia da supremacia constitucional em arbítrio.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O enfrentamento de questões relacionadas ao direito constitucional contemporâneo, como a judicialização da política e o ativismo judicial, a partir de uma leitura do constitucionalismo fraterno, não é uma opção para os aplicadores do direito, mas uma imposição do sistema jurídico pátrio.

Tecer delineamentos para o ativismo judicial, ou mesmo, fomentar discussões, sob a perspectiva da fraternidade, são formas iniciais para concretização da justiça social e fraterna.

Como se pode observar, este trabalho não teve por escopo esgotar os limites em torno do ativismo judicial ou mesmo construir uma teoria em derredor do constitucionalismo fraternal, mas visou instigar uma linha de raciocínio baseada, sobretudo, na fraternidade.

Espera-se, portanto, que estas considerações, sirvam para viabilizar o equilíbrio entre os poderes e para realização do Estado Democrático Fraterno.

## **REFERÊNCIAS**

## **REFERÊNCIAS**

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha* – em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2006.

---

toda coletividade, submete-se à chamada reserva do possível. 3. As carências da sociedade são identificadas e valoradas pela Administração, que, num juízo eminentemente discricionário, define as prioridades a serem atendidas, dentro das possibilidades financeiras e orçamentárias do Estado. Não cabe, portanto, ao Judiciário imiscuir-se nesse juízo, determinando a aplicação dos recursos de forma diferenciada daquela pautada por critérios técnicos e científicos. 4. Considerando-se que a doença que aflige a autora, além de ainda não ter sido diagnosticada, é apontada como sendo enfermidade extremamente rara, não sendo certa a possibilidade de sucesso em seu diagnóstico ou tratamento, que certamente teria caráter experimental, deve ser denegado o custeio pretendido, ante a duvidosa possibilidade de êxito. (TRF 4, APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003.70.00.025872-9/PR, RELATORA: Juíza VÂNIA HACK DE ALMEIDA, DJ 17/07/2007).



ARISTÓTELES. *Metafísica (livro I e II), Ética a Nicômaco e Poética*. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das Políticas Públicas. In: *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Revista da Escola Nacional da Magistratura, Brasília, v. 1 n. 2, p. 26-72, out. 2006.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*. n° 4, jan-fev/2009, OAB. Disponível em <<http://www.oab.org.br/oabeditora/>>.

\_\_\_\_\_. *O acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios ao Poder Judiciário*. In: Audiência Pública – Saúde. Disponível em [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis\\_Roberto\\_Barroso.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf).

\_\_\_\_\_. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*. n° 4, jan-fev/2009, OAB. Disponível em <<http://www.oab.org.br/oabeditora/>>.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O Direito na Pós-Modernidade*. 2 ed. ver. e atual. Rio De Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BRASIL, Apelação Cível n.º 2006.048011-0, de Gaspar. 1ª Câm. Dir. Públ. do TJSC, rel. Des. Volnei Carlin, v. u., DJ 167, 19 mar. 2007.

BRASIL, STF, ADI 3998. Rel. Min Gilmar Mendes, DJ 31/03/2008.

BRASIL, STF, ADI 3510, Rel. Min. Ayres Britto.

BRASIL, STF, ADPF 54-8, Rel. Min. Marco Aurélio.

BRASIL, STF, ADI 3510/DF, Relator Ministro Ayres Britto, DJ 29/05/2008.

BRASIL, STJ, Resp. n 493.811-SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 11/11/2003.

BRASIL, TJ/PA, Agravo de Instrumento n.º 2008.3.010128-0, Desembargador Relator: José Maria Teixeira do Rosário, DJ 27/05/2010.

BRASIL, TJ/PE, AI 0191.310-4, Relator Luiz Carlos Figueiredo, DJ 15/12/2009.

BRASIL, TRF 4, APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003.70.00.025872-9/PR, RELATORA: Juíza VÂNIA HACK DE ALMEIDA, DJ 17/07/2007.

BRASIL, TRF 5ª região. Ag 980506588-0. Rel. Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, DJ 06/07/2001.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. 6 reimp. Coimbra: Coimbra, 2003.

CASTILHO, Ricardo. *Justiça Social e Distributiva: desafios para concretizar direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do poder público*. 2 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. atual. ampl. Salvador; Jus PODIVIM, 2009.

DIAS, Jean Carlos. *O controle Judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GUETZÉVITCH, Boris Mirkine. *As novas tendências do Direito Constitucional*. Tradução de Candido Motta Filho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933.

HABERMAS, Jünger. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1. 2. ed.. Tradução Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HARBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.IngoSarlett titular daPUC.pdf>.

LOEWENSTAIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Tradução por Alfredo Gallego Anabitarte. 2ed. Barcelona: Ariel, 1970.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

\_\_\_\_\_. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1ª ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2002.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como categoria jurídico-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Público- RBDP*. Belo Horizonte. Ano 7. N. 26. Jul/set. 2009.

MENEZES DIREITO, Carlos Alberto. *O acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios ao Poder Judiciário*. In: *Audiência Pública – Saúde*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.Min.MenezrsDireito.pdf>.

MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Trad. Eloá Jacobina. 8ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

OLIVEIRA, Vanessa Elias; CARVALHO NETO, Ernani. *A Judicialização da Política: um tema em aberto*. *Política Hoje Revista do Mestrado em Ciências Políticas da UFPE, Brasil*, v. 1, n. 15, 2006. Disponível em <http://politicohoje.com/ojs/viewarticle.php?id=101>.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 6 ed. Vol 1. São Paulo: Cortez, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. *O acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios ao Poder Judiciário*. In: *Audiência Pública – Saúde*. Disponível em

SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (org.). São Paulo: Renovar, 2006.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol. V. O Orçamento na Constituição. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VIAL, Sandra Regina Martini. Direito fraterno na sociedade cosmopolita. *RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006.

VIAL, Sandra Regina Martini; OLIVEIRA, Christiano Augusto Seckler de. O direito à saúde e os determinantes sociais. *Revista da Defensoria Pública*. Ano 1- n. 1 – jul/dez 2008. Edição Especial Temática sobre Direito à saúde. Vol. 2.