

Ativismo jurídico: expressão do acesso à Justiça e da Cidadania Ativa

Felipe Dezorzi Borges*

1. Introdução

Em maio de 2008, Maria Souza Pereira¹ compareceu à sede da Defensoria Pública da União do Rio de Janeiro (DPU-RJ) para narrar o falecimento de seu filho João Pereira Junior, nascido em 16 de janeiro de 2002, no município do Rio de Janeiro. Na oportunidade, apresentou atestado de óbito que indicava como *causa mortis* choque hemorrágico decorrente das complicações da dengue hemorrágica, transmitida pela picada do mosquito *Aedes aegypti*, uma vez considerada a epidemia de dengue que assolou o Estado do Rio de Janeiro no ano de 2008.

Em julho de 2007, a Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais do Rio de Janeiro (Apae-RJ) procurou a Defensoria Pública da União no Rio de Janeiro para informar a suspensão do fornecimento do leite medicamentoso PKU, tipos 1, 2 e 3, a todos os pacientes do Estado do Rio de Janeiro cadastrados ou não naquela entidade. A Apae salientou a gravidade da situação, uma vez que o PKU é importado e custa aproximadamente R\$ 500,00 a lata, sendo o único remédio para o controle da *fenilcetonúria clássica*, uma grave doença que acarreta severo e irreversível retardo mental, podendo até ser fatal. As pessoas acometidas por essa enfermidade necessitam de cerca de quatro a oito latas por mês do PKU, dependendo da gravidade da doença.

Em meados de 2008, Maria da Glória procurou a Defensoria Pública da União no Distrito Federal asseverando ser portadora de neoplasia maligna de mama (CID10 C.50), do tipo carcinoma ductal infiltrante de mama esquerda. Disse, na oportunidade, que apresentava vários fatores de mau prognóstico, o que demanda o uso de inúmeros medicamentos e sessões de quimioterapia, considerando o risco de recidiva na ordem de 52%. Foi submetida à mastectomia radical e retirada de oito linfonodos sentinelas. Ocorre que o tratamento é traduzido através da aplicação de “ciclos” dos medicamentos Herceptin (trastuzumab), e a assistida não apresentava condições econômicas para sustentar a aplicação de aludido medicamento, em face do seu alto custo (R\$7.937,46), também não disponibilizado pelas farmácias de medicamentos excepcionais da capital federal. A casuística apresentada é paradigma da realidade de centenas de cidadãos brasileiros que procuram mensalmente as sedes das Defensorias Públicas de todo o país para narrar inúmeras deficiências do Estado na prestação de políticas públicas.

Trata-se de casos que demandam providências judiciais excepcionais, aptas à execução e ao implemento de políticas públicas e providências político-jurídicas, dos quais são exemplos os registros descritos a seguir.

* Defensor Público Federal de Primeira Categoria
Titular do 7º Ofício Regional Cível da DPU/DF/Primeira Categoria
Especialista em Processo Civil pelo IDP

1 Nomes fictícios, a despeito da fidedignidade do caso.

Em 2008, a Defensoria Pública da União no Rio de Janeiro, por meio do Ofício de Tutelas Coletivas, ajuizou a Ação Civil Pública 2008.51.01.004637-9, em trâmite na 18ª Vara Federal do Rio de Janeiro, pugnando a abertura dos Postos de Assistência Médica e dos Postos de Saúde Municipais do Rio de Janeiro nos finais de semana, inclusive domingo, com funcionamento de 24 horas, para atendimento a todos os pacientes vítimas da dengue, até o término da epidemia, considerando as notórias omissão e negligência estatais no seu combate e o alto índice de fatalidade da epidemia. Na espécie, a liminar foi deferida pelo Juiz Federal para determinar que o Estado do Rio de Janeiro promovesse a abertura dos Postos de Assistência Médica e dos Postos de Saúde Municipais, com funcionamento de 24 horas, inclusive nos finais de semana, para atendimento de todos os pacientes vítimas da dengue, até o término da epidemia..

No ano de 2007, a Defensoria Pública da União no Rio de Janeiro, por meio do Ofício de Tutelas Coletivas, ajuizou a Ação Civil Pública 2007.51.01.020475-5, em trâmite na 30ª Vara Federal do Rio de Janeiro, objetivando o restabelecimento do fornecimento do leite medicamentoso PKU, tipos 1, 2 e 3, a todos os pacientes do Estado do Rio de Janeiro cadastrados ou não na Apae-RJ. Impende gizar que o provimento antecipatório restou deferido em sede recursal, haja vista que nos autos do Agravo de Instrumento 2007.02.01.010265-8 a 5ª Turma especializada do TRF- 2ª Região deu provimento ao agravo de instrumento para determinar o fornecimento do leite medicamentoso na forma preconizada pela Defensoria Pública da União. A decisão restou assim ementada:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO INDISPENSÁVEL À SOBREVIVÊNCIA DOS PACIENTES. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO, ESTADO E MUNICÍPIO. PROVIDO O RECURSO. – Insurge-se a Agravante contra a decisão interlocutória de primeiro grau que, nos autos da ação civil pública ajuizada pela Agravante em face da UNIÃO FEDERAL, do ESTADO DO RIO DE JANEIRO e do MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, objetivando o pronto restabelecimento do fornecimento de leite medicamentoso PKU tipos 1, 2 e 3 devido desde o dia 25/07/07, nas quantidades necessárias a todos os pacientes que dele necessitam, conforme relação anexada aos autos, em virtude das sequelas advindas da ausência de ingestão do referido alimento, determinou a intimação dos entes públicos agravados, para que se pronunciem no prazo de 72 horas, em conformidade com o disposto no artigo 2º, da Lei n. 8347/92, após o que apreciará o pedido de liminar formulado pela Agravante. - Configurada a responsabilidade solidária da União, Estado e Município no fornecimento de medicamentos necessários à sobrevivência dos pacientes que deles necessite, na esteira do entendimento jurisprudencial já firmado no âmbito das Cortes Superiores Pátrias. - Demonstrada a impossibilidade de ser observada a regra constante da Lei n. 8437/92 à hipótese em exame, diante da premente necessidade dos pacientes receberem o leite medicamentoso, indispensável à sua sobrevivência. - Provido o recurso e agravo interno prejudicado.

Noutra banda, a Defensoria Pública da União no Rio de Janeiro, por meio do

Ofício de Tutelas Coletivas, ajuizou a Ação Civil Pública 2007.51.01.017751-0, em trâmite na 8ª Vara Federal do Rio de Janeiro, objetivando a regularização dos setores de emergência de seis hospitais públicos na cidade do Rio de Janeiro em momento crítico, prévio ao evento do Pan-Americano 2007. Na ocasião, a tutela liminar restou deferida e ratificada em sentença para, dentre outros, julgar procedente o pedido para determinar à União Federal, ao Estado e ao Município do Rio de Janeiro o aumento do número de leitos, a recomposição das equipes de médicos e a compra de equipamentos e providências necessárias à solução dos problemas nas unidades hospitalares, bem como para que promovessem, no exercício de seu poder discricionário, respeitados os preceitos constitucionais e legais, as medidas necessárias à solução do déficit do quadro de servidores da rede de saúde pública do Estado do Rio de Janeiro.

Em 2008, a Defensoria Pública da União no Distrito Federal ajuizou Ação de Conhecimento (rito ordinário) 2008.34.00.034133-9, em trâmite na 8ª Vara Federal do Distrito Federal, para buscar o fornecimento de medicamento de alto custo em favor de assistido. Em decisão antecipatória da tutela, o magistrado deferiu o pedido liminar para determinar à União e ao Distrito Federal que providenciassem o fornecimento do medicamento Herceptin (trastuzumab) à cidadã, mantendo sua administração e seu aprovisionamento contínuos, na posologia indicada, enquanto durasse o tratamento.

Aludidos provimentos jurisdicionais, como listados, além de estarem justificados na inação do Estado quando do implemento de políticas públicas e, de certo modo, na ineficiência na consecução dos objetivos constitucionais pelo administrador, são próprios de uma novel postura ativa do Poder Judiciário, a qual tem dado margem a discussões acerca do papel do juiz como *coautor* de políticas públicas.

Desse modo, denomina-se ativismo judicial, ou judicialização da política, esse novo modo de dizer o direito pelo Poder Judiciário, ora fiscalizando, estabelecendo ou determinando a execução da lei, ora garantindo, esclarecendo, gerenciando e ordenando o cumprimento de políticas públicas, a fim de resolver problemas da realidade imediata, tal qual na casuística apresentada inicialmente.

Como se verá, porém, esse movimento ativo do juiz traz à baila a quebra de toda uma cultura jurídica até então amparada no positivismo – o qual impôs, durante séculos, graves limitações ao cenário jurídico pátrio, consubstanciada na aplicação mecânica das regras jurídicas – que sempre descurou para a possibilidade de uma postura ativa da sociedade na busca dos seus direitos constitucionalmente assegurados e o efetivo acesso à Justiça.

2. **Ativismo jurídico**

A jurisprudência mais autorizada dá sinais claros dessa nova compreensão crítica da lei e da necessidade de conformação valorativa do direito, a fim de resgatar a substância de justiça.

Consoante interpretação perfilhada pelo STJ, no Resp 881.323/RN, a aplicação da lei, qualquer que seja o ramo da ciência no qual se deva operar a concreção jurídica,

deve perpassar por esse tecido normativo-constitucional, que suscita a reflexão axiológica do resultado judicial.²

Não destoa a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet:³

[...] esta evolução se processa habitualmente não tanto por meio da posituação destes "novos" direitos fundamentais no texto das Constituições, mas principalmente em nível de transmutação hermenêutica e da criação jurisprudencial, no sentido do reconhecimento de novos conteúdos e funções de alguns direitos já tradicionais.³

Esse postulado é também acolhido pela doutrina processualista contemporânea. Segundo o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni:

Se a lei passa a se subordinar aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, a tarefa da doutrina deixa de ser a de simplesmente descrever a lei. Cabe agora ao jurista, seja qual for a área da sua especialidade, em primeiro lugar compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.⁴ É nesse contexto que se insere o ativismo jurídico.

O notório comprometimento da integridade e da eficácia dos fins do Estado diante da reiterada omissão do legislador nacional na regulamentação dos direitos e das garantias constitucionais aliado à inação na execução de políticas públicas efetivas pelo administrador impõem ao Poder Judiciário, por meio de uma construção jurisprudencial valorativa, respostas imediatas à sociedade moderna para exigir do Estado inerte a promoção de ações e a execução de políticas que visem ao implemento desses direitos fundamentais do cidadão.

Como adverte Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

É notório que os Parlamentos não dão conta das "necessidades" legislativas dos Estados contemporâneos; [...] As normas que tradicionalmente pautam o seu trabalho dão – é certo – ensejo a delongas, oportunidade a manobras e retardamentos. Com isso, os projetos se acumulam e atrasam. E esse atraso, na palavra do governo, no murmúrio da opinião pública, é a única e exclusiva razão por que os males de que sofre o povo não são aliviados. [...] Ora, a incapacidade dos Parlamentos conduz à sua abdicação.⁵

Decorrência lógica é a forte pressão e a mobilização política da sociedade na origem da expansão do poder dos tribunais ou daquilo que se designa como *ativismo judicial*.⁶ Por conseguinte, o Poder Judiciário, uma vez provocado, sai da anterior condição de poder invisível e nulo, mera *vox legis*, para se tornar pensante, abstraindo e implementando, de modo ativo, os objetivos do Estado segundo a Constituição, sem ficar restrito à *frieza da lei*, mas à sua correta aplicação.⁷

2 Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11/03/2008, DJe 31/03/2008.

3 SARLET, 2001, p. 56-57.

4 MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 47.

5 FERREIRA FILHO, 2007, p. 285-287.

6 CITTADINO, 2002, 1, p. 17-42.

7 NÓBREGA, 2009.

Ocorre que esse processo de criação jurisprudencial tem despertado críticas. Imputa-se ao Poder Judiciário e ao mote ativista a possibilidade de violação do equilíbrio da repartição dos Poderes e das bases democráticas do Estado, a ponto de transfigurar o juiz em um substituto do legislador ou do administrador público. Em outras palavras, o ativismo jurídico seria uma espécie de arma, vantagem jurídica em prol de um Poder apto a violar toda uma deliberação pública de uma comunidade política que atua autonomamente orientada pelos valores que compartilha, agindo como *regente republicano*.⁸

A defesa desta última posição, entretanto, tangencia o real debate.

É notória no estudo do direito a impossibilidade de ingerência entre os Poderes constituídos. É certo, ainda, que não se compraz na doutrina da *separação dos Poderes*⁹ a possibilidade de criações legiferantes pela autoridade judiciária, tampouco seja chamado o Poder Judiciário a substituir a vontade do administrador público. Isso porque existem limites hermenêuticos para que o Judiciário se transforme em legislador,¹⁰ já bastante conhecidos dos aplicadores do direito.

O que não se mostra crível nessa contenda empírica é titubear acerca do ativismo judicial no intuito de imputar-lhe feição negativa desenvolvida sob o signo da ingerência. Tratar o ativismo jurídico como sinônimo de *política* e *regulamentação*, atribuindo-lhe feição exclusiva usurpadora de competência, a despeito de fortuitos excessos, equivale a desconhecer seu verdadeiro alcance e o reforço à lógica democrática brasileira a justificar a própria inércia do Estado ante o inadimplemento dos seus objetivos fundamentais.

3. Ativismo social ou cidadania ativa

Leciona Jürgen Habermas: “O direito à positivação política autônoma do direito concretiza-se, finalmente, em direitos fundamentais que criam condições para iguais pretensões à participação em processos legislativos democráticos”.

E assenta:

O poder do Estado só adquire uma figura institucional fixa na organização das funções das administrações públicas. Peso e abrangência do aparelho do Estado dependem da medida em que a sociedade se serve do *medium* do direito para influir conscientemente em seus processos de reprodução. Tal dinâmica da autoinfluência é acelerada através dos direitos de participação que fundamentam pretensões ao preenchimento de pressupostos sociais, culturais e ecológicos para um aproveitamento simétrico de direitos particulares de liberdade e de participação política.¹¹

A vontade política a que alude Habermas é aquela voltada à implantação de direitos e programas político-sociais.

Nesse quadro, o Estado existe para atender ao bem comum e, conseqüentemente, satisfazer direitos fundamentais; em última análise, garantir a igualdade material entre

8 CITTADINO, 2004, p. 1518-6067.

9 Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu. *Do espírito das leis*, Livro V, Capítulo II.

10 STRECK; BARRETTO, et al., 2009.

11 HABERMAS, 1997, p. 171.

os componentes do corpo social. Seja abstendo-se ou não, há um dever do Estado em atuar positivamente na realização dos direitos de liberdade de primeira geração, assim como dos novos direitos (segunda geração).¹²

Para tanto, o Estado brasileiro, por meio da Constituição Federal de 1988, converteu todos os direitos da Declaração da ONU em direitos legais no Brasil e instituiu uma série de mecanismos processuais que buscam dar a eles eficácia.¹³ Assim, a Constituição Cidadã deu expressão constitucional dirigente a uma série de compromissos, demandas sociais e garantias (maior parte judicial) para dar azo ao Estado Democrático de Direito, com fundamento na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF).

Observa-se, de plano, o ativismo social e jurídico imposto pela Constituição Federal de 1988, voltado à modificação de uma cultura política e jurídica nacional, até então liberal e positivista. Logo, não surpreende a mobilização política da sociedade pela concretização daqueles direitos individuais ou coletivos. Uma vez abertos os tribunais ao cidadão, eles não podem deixar de dar resposta às demandas que lhes são apresentadas.¹⁴

Por conseguinte, a ampliação do raio de atuação do Poder Judiciário corresponde ao incremento democrático-social dado pela Constituição Federal e está diretamente relacionada à transformação do acesso à Justiça, ou seja, à renovação de um sistema por intermédio do qual as pessoas efetivamente reivindicam seus direitos ou resolvem seus litígios.

Esta última ilação decorre da lição de Mauro Cappelletti e Bryant Garth,¹⁵ os quais assentam as *três ondas renovatórias* para a resolução do problema de acesso à Justiça, assim sintetizadas:

- a) *primeira onda*: assistência judiciária para os pobres;
- b) *segunda onda*: representação jurídica para os interesses difusos; e
- c) *terceira onda*: relacionada ao enfoque de acesso à Justiça ou modo de ser do processo.

Dos mesmos autores, anota-se:

Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *Welfare State* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação.¹⁶

Dessa maneira, o acesso à Justiça é requisito básico de todo um sistema jurídi-

12 GRINOVER, 2008, p. 9-28.

13 CITTADINO, 2002, p. 25.

14 CITTADINO, 2004, p. 108.

15 CAPPELLETTI, 1988, p. 31.

16 *Ibidem*, p. 11.

co moderno que garanta os direitos e proclame sua efetividade. A evolução do acesso efetivo à Justiça pela população está diretamente relacionada à consagração de direitos inscritos na Constituição Federal de 1988.

Nessa senda, o que surpreende o Estado Moderno, notadamente os Poderes constituídos, é a posição ativa da sociedade em conclamar direitos novos. Observa-se, hodiernamente, uma forte capacidade política do estrato social em apresentar seus casos de modo eficiente, o que, por si só, denota maior facilidade em transformar direitos em vantagens concretas às pessoas.

A evolução perfilhada é representativa da eliminação das primeiras barreiras do acesso à Justiça, como indicado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth. O cidadão está exigindo e obtendo assistência judiciária em números cada vez maiores, não apenas para causas rotineiras, mas também para reivindicar seus direitos novos, não tradicionais, seja como autores seja como réus.¹⁷

Implicações práticas dessa percepção podem ser vislumbradas em diversos campos, como, por exemplo, nas ações afirmativas, nos direitos dos homossexuais, na igualdade política,¹⁸ e, ainda, nas tutelas de saúde (coletivas e individuais), como consta da casuística apresentada.

Vive-se, hoje, a alteração de paradigmas. A movimentação proativa de uma sociedade em amadurecimento quanto aos seus *novos direitos* tem demandado respostas imediatas do Estado, notadamente do Poder Judiciário, a desestabilizar o antigo *estado* jurídico-cultural. Radicalismos desse movimento devem ser entendidos como o produto da transformação de uma nova ordem jurídica.

Por tudo, o Poder Judiciário, como expressão da sociedade ativa, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa neutralidade de sua atividade;¹⁹ pelo contrário, o juiz e os demais operadores do direito encontram-se vinculados à concretização dos direitos individuais ou coletivos.

Essa ampliação da postura ativa do Poder Judiciário, então denominada *ativismo jurídico*, não representa qualquer incompatibilidade com o atual regime democrático, mas, sim, efetiva renovação democrática do acesso à Justiça pelo exercício de uma cidadania ativa.

Na conclusão de Gisele Cittadino:

Uma cidadania ativa não pode, portanto, supor a ausência de uma vinculação normativa entre o Estado de Direito e democracia. Ao contrário, quando os cidadãos veem a si próprios não apenas como os destinatários, mas também como os autores do seu direito, eles se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica.²⁰

17 CAPPELLETTI, op. cit., p. 47.

18 MOTTA FERRAZ, 2007, p. 244.

19 GRINOVER, op. cit., p. 12.

20 CITTADINO, 2004, p. 110.

4. A tutela coletiva ativa

A consecução dos escopos estatais não implementados adequadamente perpassa, como aludido, por um controle da política pública pelo Poder Judiciário ante a omissão da atuação administrativa. Sem que isso importe interferência na atividade dos Poderes Legislativo e Executivo, a resposta judiciária perpassa por um exame construtivo que visa à normatização do direito ao caso levado a efeito. Concretizar o sistema de direitos constitucionais, portanto, pressupõe uma atividade interpretativa tanto mais intensa, efetiva e democrática quanto maior for o nível de abertura constitucional existente.²¹

Essa tarefa hermenêutica, aliada a parâmetros constitucionais, sem embargo da possibilidade de impulso individual, vem sendo exercida, no cenário jurídico nacional, como melhor resposta aos direitos de massa, via tutela difusa ou coletiva, o que, de certo modo, diante de sua força transindividual, traveste o caráter regulatório da medida judicial buscada.

Essa tutela difusa ou coletiva, então representada processualmente pela Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717, de 1965), pela Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347, de 1985), pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 1990), pelo Mandado de Segurança Coletivo (Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009, e inciso LXX do art. 5º da Constituição Federal de 1988), dentre outros, favorece os interesses em causa, a despeito de não vincular diretamente um grupo específico da sociedade. O objetivo da demanda não é resolver um litígio composto de fatos já acontecidos, mas editar um padrão de conduta para guiar o comportamento do réu futuro.²²

Questões de política judiciária, então aliada à possibilidade de explosão da litigiosidade, favorecem o encaminhamento dos conflitos via tutela coletiva de direitos difusos. Do mesmo modo, como adverte Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, essas ações coletivas implicam:

(a) ampliação do acesso à Justiça, de modo que os interesses da coletividade, como o meio ambiente, não fiquem relegados ao esquecimento; ou que causas de valor individual menos significantes, mas que reunidas representam vultosas quantias, como os direitos dos consumidores, possam ser apreciadas pelo Judiciário; [...] (d) que as ações coletivas possam ser instrumento efetivo para o equilíbrio das partes no processo, atenuando as desigualdades e combatendo as injustiças em todos os nossos países ibero-americanos.²³

Nesse íterim, as tutelas coletivas, especialmente representadas no cenário nacional pela utilização, em escala, das Ações Cíveis Públicas, trazem ínsito ao instrumento processual a ampliação do acesso à Justiça, logo, expressão da cidadania ativa.

Essa questão, ademais, assenta a segunda e a terceira ondas da efetivação do acesso à Justiça como defendido por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, concernentes na

21 CITTADINO, 2002, p. 32.

22 COMPARATO, 1986, p. 14-22.

23 MENDES, 2006, p. 46-47.

representação dos interesses difusos, até então sem espaço na concepção tradicional de processo civil. Consoante o magistérios dos autores: “A visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos “direitos públicos” relativos a interesses difusos”. E mais além: “Entre outras coisas, nós aprendemos, agora, que esses novos direitos frequentemente exigem novos mecanismos procedimentais que os tornem exequíveis”.²⁴

O acesso à Justiça engloba formas de procedimento. Em face disso, as tutelas coletivas surgem como propostas hábeis a dar vazão a esse movimento ativo amparado no ideal de efetivação dos *novos direitos*, agora à disposição das pessoas que antes os desconheciam e, assim, não os reclamavam diante das barreiras das demandas individuais.

Essa nova perspectiva do processo em larga escala encontrou no Poder Judiciário a possibilidade de provimentos transindividuais *quase-legislativos*, análogo à tarefa de demandar a execução de políticas públicas já estabelecidas na Constituição Federal ou em lei, ou adotadas pelo governo dentro dos quadros legais.²⁵

5. Justificativa da casuística

Nesse contexto histórico e jurídico insere-se a casuística. As decisões prolatadas nos autos da Ação Civil Pública 2008.51.01.004637-9, em trâmite na 18ª Vara Federal do Rio de Janeiro, do Agravo de Instrumento 2007.02.01.010265-8, da 5ª Turma Especializada do TRF-2ª Região, originária da Ação Civil Pública 2007.51.01.020475-5, em trâmite na 30ª Vara Federal do Rio de Janeiro, da Ação Civil Pública 2007.51.01.017751-0, em trâmite na 8ª Vara Federal do Rio de Janeiro, e da Ação Ordinária 2008.34.00.034133-9, em trâmite na 8ª Vara Federal do Distrito Federal, são ícones do *ativismo judicial e social*, como colacionado alhures.

Seja restabelecendo o fornecimento do leite medicamentoso, seja determinando o aumento do número de leitos, a recomposição das equipes de médicos, a compra de equipamentos ou tomando as providências necessárias à solução dos problemas de unidades hospitalares, seja determinando o imediato fornecimento de medicamentos de alto custo em favor de enfermo, seja determinando a abertura dos Postos de Assistência Médica e dos Postos de Saúde Municipais, as ordens judiciais trazem consigo carga judicial bastante para ativar o controle e a fiscalização de atos administrativos sem que isso represente interferência na atividade dos Poderes Executivo ou Legislativo.

Ao contrário do que se poderia vislumbrar, esse exercício jurisdicional não transforma os tribunais em órgãos de poderes permanentes de alteração da Constituição ou gestores republicanos. Tampouco se permite, sob essa ótica, usurpação de competência constitucional. Trata-se, à evidência, de impor a execução de políticas públicas em consonância com o comprometimento constitucional atinente à integridade e às eficácias dos

24 CAPPELLETTI, op. Cit., p. 49-51, 69

25 COMPARATO, op. cit., p. 14-22.

direitos fundamentais, individuais ou coletivos.

Sob esse ponto pesa a análise do Ministro Celso de Mello, do STF, *verbis*:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte –, que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO), em flagrante violação à eficácia e à integridade dos direitos individuais ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusula revestida de conteúdo programático. (sem grifos no original).²⁶

Ada Pellegrini Grinover bem resume o silogismo aferido na decisão do STF. Ela assenta alguns limites para que o Judiciário intervenha no controle de políticas públicas, até como imperativo ético-jurídico, quais sejam:

- a) *o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão* (condições mínimas de existência humana que exigem prestações positivas do Estado para garantir a dignidade da pessoa humana);
- b) *a razoabilidade da pretensão individual-social deduzida em face do Poder Público* (busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados);
- c) *a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas* (desde que devidamente comprovada, pois invertido o ônus probatório em desfavor do Estado).²⁷

Nada obstante, a apresentação de requisitos não deve representar barreira a esse movimento jurídico de concretizar a Constituição por meio da valoração ativa de seus compromissos sociais, sob pena de minar a evolução do processo democrático e o efetivo acesso à Justiça.

26 STF, ADPF 45-9-DF, julgado em 29/04/2004.

27 GRINOVER, op. cit., p. 15.

Gisele Cittadino bem resume a questão:

Nos casos em que a história constitucional é marcada por rupturas e não por continuidades, quando não é possível apelar para uma “comunidade de destino” ou para a “confiança antropológica nas tradições”, o processo de “judicialização da política” deve representar um compromisso com a concretização da Constituição, através do alargamento do seu círculo de intérpretes, especialmente em face do conteúdo universalista dos princípios do Estado Democrático de Direito.

Ao final, arremata: “Em outras palavras, quando não podemos recorrer a valores compartilhados ou conteúdos substantivos, temos a alternativa de substituir a *nação de cultura* pela *nação de cidadãos*”.²⁸

6. Conclusão

Como visto, a comunidade jurídica nacional e os Poderes constituídos da República discutem, hodiernamente, os objetivos e os limites de signo denominado ativismo jurídico. Debate-se o bom ou o mal ativismo judicial. Discute-se o alcance do Poder Judiciário para valorar a jurisprudência e *imiscuir-se* na tarefa legiferante do legislador nacional e *produzir* políticas públicas em flagrante risco à democracia.

À evidência, a discussão descarta as origens desse movimento, que, em verdade, tem no âmago da sociedade civil suas bases proativas dirigidas à modificação da cultura política e jurídica nacional. Os questionamentos políticos dessa sociedade pela concretização de direitos individuais ou coletivos, levados aos Tribunais, ampliam a atuação do Poder Judiciário. Esse movimento, diretamente relacionado à realização da onda renovatória do acesso à Justiça por uma sociedade ativa e consciente de seus direitos, está vinculado a uma nova forma de dizer o direito, apartado do positivismo jurídico.

Novos direitos exigem novos mecanismos de processo que os tornem exequíveis. Em conta disso, as ações de tutelas coletivas apresentam estrutura processual apta a editar um padrão de conduta para guiar o comportamento do Estado e impor a execução de políticas públicas em consonância com o comprometimento constitucional conernente à integridade e à eficácia dos direitos fundamentais.

Outrossim, o ativismo jurídico não autoriza que o juiz se transforme em gestor republicano de políticas públicas, tampouco permite, sob essa ótica, usurpação de competência constitucional. Ativismo jurídico, como reflexo da postura ativa do cidadão, é garantia da eficácia e da integridade de direitos individuais e/ou coletivos jacentes na Constituição Federal.

O ativismo jurídico, dentro de limites ético-jurídicos, é representação democrática da renovação do acesso efetivo à Justiça diante de um exercício de cidadania ativa em prol dos direitos constitucionalmente assegurados.

Esse modo de dizer o direito, a despeito das críticas naturais de diversos setores, notadamente do Executivo e do Legislativo, ratifica uma nova cultura jurídica e, se não

28 CITTADINO, 2004, p. 110.

resolve, atenua os problemas da realidade imediata dos cidadãos, como aqueles mencionados na casuística introdutória.

7. Referências

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de Poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três Poderes no Brasil*. 1. ed., v. 1. Belo Horizonte: Editora da UFMG/luperj/Faperj, 2002.

———. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 2/3, n. 2/3, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *Novas funções judiciais no Estado moderno*. v. 614, n. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, , p. 14-22, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 164, p. 9-28, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. vol. I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro , 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. v. 1. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GART, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

MOTTA FERRAZ, Octávio Luiz. *Justiça distributiva para formigas e cigarras*. Novos Estudos Cebrap, n. 77. Rio de Janeiro, mar 2007.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O código modelo de processos coletivos. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: vinte anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos*. Quinze anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2006.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. A função política da jurisdição constitucional. Breves considerações sobre ativismo judicial, controle de constitucionalidade e judicialização da política. *Jus Navigandi* Tereina, ano 13, n. 2159, maio 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12910>>.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo et al. Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte.

Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2218, jul. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13229>>.