

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

EUCLIDES FRANCISCO JUTKOSKI

O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO
BRASIL

PIRACICABA

2017

EUCLIDES FRANCISCO JUTKOSKI

**O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO
BRASIL**

Dissertação apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, como exigência parcial para a obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Profº Dr. Everaldo T. Quillici
Gonzalez

PIRACICABA

2017

Ficha Catalográfica elaborada pelo Sistema de Bibliotecas da UNIMEP
Bibliotecária: Marjory Harumi Barbosa Hito CRB 8/9128

J96c	<p>Jutkoski, Euclides Francisco O controle judicial das políticas públicas no Brasil / Euclides Francisco Jutkoski. – 2017. 90 f. : il. ; 30 cm.</p> <p>Orientador: Prof. Dr. Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez Dissertação (mestrado) – Universidade Metodista de Piracicaba, Direito, Piracicaba, 2017.</p> <p>1. Políticas Públicas. 2. Administração Pública. 3. Estado (Direito) – Democracia. I. Quilici Gonzalez, Everaldo Tadeu. II. Título.</p> <p>CDU – 342</p>
------	---

EUCLIDES FRANCISCO JUTKOSKI

**O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO
BRASIL**

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Everaldo T. Quillici Gonzalez
Presidente e Orientador

Prof. Dr. Victor Hugo Tejerina Velázquez
2º Membro

Prof. Dr. Josias Jacintho Bittencourt
3º Membro

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador Prof. Dr. Everaldo T. Quillici Gonzalez pelos ensinamentos.

À minha família e, em especial, à minha esposa Márcia Regina Travenssolo Jutkoski, minha companheira e incentivadora e aos meus pais pela minha sempre eterna gratidão.

RESUMO

O Judiciário está desenvolvendo um papel ativista e criativo na vida institucional brasileira. Todavia, esse ativismo judicial, ora aplaudido, ora criticado, deve ser pesquisado, pois essa atuação, embora em algumas situações necessárias, não pode segundo corrente doutrinária, invadir o campo de atuação dos demais Poderes, sob pena de comprometer a democracia e representar a judicialização da política, como já advertiu Carl Schmitt e Hans Kelsen. O Estado (Social) Democrático de Direito, tornou-se um sistema híbrido e pode permitir o controle jurisdicional das políticas públicas, mas há a necessidade de impor limites, restrições e contenção, através de instituição de norma jurídica e a implementação de uma urgente reforma política tão reclamada pela sociedade, objetivando resolver questão do *déficit* legislativo. O ativismo judicial é fruto da judicialização advindo do constitucionalismo do direito. O deslocamento de direitos da seara do direito infraconstitucional para um status constitucional contribuiu para que o Poder Judiciário passasse a participar de uma arena política, potencializando o déficit institucional dos demais Poderes. Esse ativismo contramajoritário representa exceção à legitimidade de representatividade e impacta, sobretudo, o planejamento da Administração Pública, cujas ações são vinculadas e regradas pela própria constituição.

PALAVRAS CHAVES. Políticas Públicas. Estado Social. Constitucionalismo. Judicialização. Ativismo Judicial. Separação dos Poderes.

ABSTRACT

The Judiciary is developing an activist and creative role in Brazilian institutional life. However, this judicial activism, be it praised or criticized, must be researched, because this performance, although necessary in some situations, cannot invade the field of action of other branches of government, according to school of thought, under penalty of compromising democracy and representing the judicialization of politics, as Carl Schmitt had already warned. The Democratic Rule-of-Law State (Social) became a hybrid system and may allow jurisdictional control of public policies but there is a need to impose limits, restrictions and containment through establishment of a legal norm and implementation of an urgent political reform, which has been truly demanded by society, aiming to resolve the legislative deficit issue. Judicial activism is the result of judicialization, arisen from law constitutionalism. The displacement of rights from the infra-constitutional law area to a constitutional status led the Judiciary to take part in a political arena, which enhances the institutional deficit of other branches of government. This countermajoritarian activism represents an exception to the legitimacy of representativeness and has an impact, above all, on Public Administration planning, whose actions are bound and governed by the constitution itself.

KEYWORDS: Public Policies. Rule of Law. Constitutionalism. Judicialization. Judicial Activism. Separation of Powers.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	2
1. POLÍTICAS PÚBLICAS	10
1.1. ELEMENTOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	14
1.1.1. PLANEJAMENTO E ORÇAMENTO PÚBLICO	14
1.1.2. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	20
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS	25
2.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA DIMENSÃO	30
2.2. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO	30
2.3. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA DIMENSÃO	31
3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO	33
4. A JUDICIALIZAÇÃO	36
5. ATIVISMO JUDICIAL	38
5.1. PENSAMENTO JURÍDICO DO POSSÍVEL	47
5.2. TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES (JUDICIAL REVIEW)	49
6. CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	59
6.1. MÍNIMO EXISTENCIAL	66
6.2. RAZOABILIDADE E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.	66
6.3. RESERVA DO POSSÍVEL.	67
7. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE – A TEORIA DE PIERRE ROSANVALLO	68
CONSIDERAÇÕES FINAIS	75
REFERÊNCIAS	77
ANEXO 1	85

INTRODUÇÃO

É inquestionável a importância das políticas públicas para a sociedade brasileira, como forma de implementar os objetivos fundamentais insculpidos no artigo 3º da Constituição Federal.

As políticas públicas também traduzem os caminhos de efetivação dos direitos fundamentais albergados pela Carta Constitucional.

Ocorre que o Estado Brasileiro, além de ser caracterizado como um Estado (Democrático) Social também possui a característica de um Estado Constitucional no qual as garantias individuais e coletivas estão elencadas no bojo da Carta Republicana de forma a impor aos poderes constituídos a sua efetividade.

Diversas matérias que antes eram parte de um processo político majoritário e da legislação ordinária foram para o bojo da Carta Republicana de 1988, acompanhando uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978). É a efetivação da constitucionalização dos direitos, transformando a Constituição no centro do sistema jurídico nacional.

Dentre essas matérias, encontram-se direitos sociais e econômicos que se concretizam através de políticas públicas que, se planejadas, possuem o desiderato de proporcionar e garantir a efetividade dos direitos fundamentais (com destaque aos sociais e econômicos) insculpidos na Constituição Federal.

O catálogo dos direitos fundamentais traz consigo demandas individuais e coletivas e quando não atendidas acabam sendo reclamadas junto ao Poder Judiciário, transformando as relações individuais e sociais em uma *judicialização*.

O Poder Judiciário, como um dos Poderes da República, atua nessa judicialização de forma ativista e até com atividade normativa atípica (Súmula Vinculante e Mandado de Injunção).

O presente trabalho identificou que o ativismo judicial, advindo da constitucionalização do direito e da judicialização, deve possuir limites para que não traga risco para a legitimidade democrática e risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis, em especial para a consecução das políticas públicas e o planejamento econômico e financeiro da Administração Pública.

A necessidade de o Estado possuir uma gestão pública cada vez mais transparente, positivando regras específicas e direcionadas diretamente aos seus gestores, a judicialização das políticas públicas e o conseqüente ativismo judicial como está se operando pelas decisões judiciais muitas vezes compromete todo o planejamento das ações de governo.

O Objetivo da pesquisa é de verificar se as decisões do Poder Judiciário se traduzem em ativismo judicial extrapolador, ou seja, além do limite mínimo desejável, enquanto fenômeno político e institucional, o que poderá traduzir impacto na divisão tripartite dos poderes da República e insegurança jurídica na sociedade, sem se distanciar que o resultado dessas decisões afetam significativamente os orçamentos públicos e substancialmente o planejamento da administração pública a qual possui regras rígidas contidas no direito financeiro e constitucional, não lhe permitindo delas desviar sob pena de responsabilidade.

A ocorrência contumaz do ativismo judicial do Poder Judiciário não se limita apenas às questões ligadas às Políticas Públicas, mas abrange outras matérias, demonstrando a tendência com que essas decisões judiciais estão sendo construídas e se fazendo sedimentadas.

A hipótese trabalhada, identificar o ativismo Judicial por parte do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal e se esse ativismo abrange as políticas públicas, ou seja, se há por parte do Judiciário o controle das políticas públicas.

Foi utilizado o método monográfico para fim procedimental (coletando diversas decisões, avaliando e expondo visão crítica dos resultados) e dedutivo, partindo-se da construção teórica de categorias centrais à pesquisa com os temas judicialização e ativismo judicial, que servirão como base à análise de atuação especialmente do Supremo Tribunal Federal, com base no problema proposto, com técnica bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial.

A doutrina utilizada foi fundamentada em autores que estudam os temas propostos, incluindo artigos científicos, revistas especializadas, além de notícias em mídias impressas.

A jurisprudência evidenciada é a do Supremo Tribunal Federal, com destaques aos votos dos Ministros, mediante pesquisa qualitativa.

O tema é de alta relevância política, jurídica e social e será abordado em duas grandes vertentes a saber: uma reflexão da necessidade de construir mecanismos jurídicos normativos de contenção do excesso do ativismo judicial, a tão reclamada reforma política, especialmente, como tema central, em razão da fase política atual brasileira, em que se depara com uma consecução de políticas públicas acanhadas e muitas vezes distantes das prometidas em sede de plano de

governo, difundidas pelo governo eleito durante sua campanha e a atuação do judiciário em impor políticas públicas para a execução das prestações sociais constitucionais.

Claramente há limitações para o pleno atendimento aos direitos fundamentais e quando alguns desses são concedidos sem a observância das suas limitações, instala-se nas contas públicas um caos de ordem conjuntural, comprometendo a consecução das demais políticas públicas e conseqüentemente em direitos sociais já adquiridos (riscos de efeitos sistêmicos).

Apenas como exemplo, torna-se imperioso observar que os gastos do Ministério da Saúde com decisões judiciais aumentaram 744% (em valores reais, isto é, corrigidos pela inflação) de 2005 a 2015, segundo dados levantados pelo *Blog* do Fernando Rodrigues, do Portal UOL. Em 2005, a pasta gastou R\$ 62,6 milhões (valor da época) para cumprir determinações da Justiça relativas a tratamentos e medicamentos. Em 2015, até agora, o valor gira em torno de R\$ 922,4 milhões.

O cálculo do próprio Ministério é de que o valor já superou R\$ 1 bilhão de reais em 2015. A diferença em relação ao apurado pelo Blog se deve a atrasos ou erros na inserção de dados no Sistema Integrado de Administração Financeira (Siafi).

Na maioria dos casos, os juízes determinam à Saúde que banque os gastos de pessoas com tratamentos e medicamentos que não são oferecidos pelo Sistema Único de Saúde, o SUS.

Os gastos em 2015 já correspondem a 1,03% de tudo o que a pasta consumirá em 2015 (cerca de R\$ 89,4 bilhões). O Ministério da Saúde tem o maior orçamento da Esplanada.

Uma única decisão judicial custou aos cofres públicos, em 2015, R\$ 3,6 milhões. É o maior caso do tipo. Neste ano, 38 brasileiros já conseguiram, por meio do SUS, tratamentos cujo valor supera R\$ 1 milhão. Juntas, essas 38 pessoas tiveram tratamentos de R\$ 56,2 milhões só em 2015.

Desde 2010, houve um aumento de 500% nos gastos do Ministério da Saúde com ações judiciais para aquisição de medicamentos, equipamentos, insumos, realização de cirurgias e depósitos judiciais. Naquele ano, o valor consumido foi de R\$ 139,6 milhões. Apenas em 2014, o gasto chegou a R\$ 838,4 milhões. Em todo o período, a soma ultrapassa R\$ 2,1 bilhões.

De acordo com o Ministro da Saúde, o caráter imediatista do cumprimento das decisões judiciais pode levar ao desperdício de recurso público, uma vez que a aquisição dos medicamentos e insumos não é feita de maneira planejada e nem por meio de processo criterioso.

“Precisamos nos organizar de modo a não sobrecarregar um orçamento já subfinanciado”, alertou o Ministro.

Muitas das ações que chegam ao Ministério da Saúde solicitam tratamento de doenças que já contam com opção terapêutica no SUS. “Uma revisão feita recentemente em 51 estudos sobre judicialização mostrou que a maioria das ações judiciais teria sido evitada caso tivessem sido observadas as opções terapêuticas disponíveis no Sistema Único de Saúde. A judicialização é um tema extremamente relevante para o sistema de saúde e o sistema judicial”, avaliou o Ministro da Saúde, Marcelo Castro.

A judicialização do direito à saúde consiste na busca do Poder Judiciário como alternativa para a obtenção de medicamento ou tratamento no Sistema Único de Saúde (SUS). Com o crescimento das demandas judiciais, o orçamento voltado para as ações e programas de atendimento coletivo da população tem sido consumido cada vez mais para o atendimento das ações judiciais.

O aumento dos gastos ocorre num momento em que o SUS e o Ministério da Saúde enfrentam dificuldades financeiras, agravadas pela crise econômica e pelo ajuste fiscal.

Dessa forma, exige-se identificar na doutrina e no direito positivo pátrio a natureza de políticas públicas no Direito, além de analisar institutos e temas relevantes, dentre eles com destaque ao ativismo judicial, a reserva do possível, a partição dos poderes, o princípio da razoabilidade, da aplicabilidade dos direitos fundamentais (artigo 3º da Constituição Federal), a inafastabilidade do Judiciário (artigo 5º, XXXV da Constituição Federal), do orçamento público, da discricionariedade, existência ou não da vinculação da Administração Pública com o catálogo dos direitos fundamentais.

Inexiste na doutrina ou jurisprudência brasileira, um regime jurídico próprio às políticas públicas de forma sedimentada, faz-se necessário observar que como é o Direito Administrativo o responsável pela racionalização formal das funções de governo por meio da Administração Pública, sabe-se que foi nesse ramo que surgiram as primeiras reflexões sobre o tema.

Nesse sentido, toda pesquisa e estudo de políticas públicas não devem se distanciar do Direito Administrativo, tendo em vista que é nesse ramo que o Estado é analisado em seu viés executivo.

Há de se observar ainda que a mudança de um Estado Liberal, que tinha como principal característica ações estatais negativas, para um Estado Social e também Constitucional (que tem

como uma de suas características ações positivas quanto à elaboração de atos para efetivar a progressiva melhoria das condições sociais), traduz em comportamento sociológico tendente a concretizar e positivar direitos humanos internacionalmente reconhecidos e necessários.

Não se pode deixar de observar que o constituinte de 1988 ao trazer matérias para a Constituição Federal o fez com clara desconfiança do Poder Legislativo, o que, sem dúvida, contribuiu de forma importante para abrir legitimidade aos juízes em conhecer as lides e obrigarse a decidir sobre o seu mérito.

Nesta seara, há necessidade de que a pesquisa aqui iniciada prossiga para indicar ou buscar a existência de indícios de que, de fato, será possível a concretização efetiva, completa e integral dos direitos humanos positivados (direitos fundamentais) ou será atendida no decorrer do tempo e se a máxima, demandas sociais versus capacidade de atendê-las, é condição racional imperativa.

Este Estado Social trouxe objetivos e finalidades pioneiras, dos quais emergiu uma nova modalidade de intervenção na sociedade, qual sejam, políticas públicas voltadas aos direitos fundamentais, nomeadamente os sociais.

Dessa feita, a gestão pública deverá ser eficiente no sentido de, não só para atender a legalidade de seus atos, mas em especial para cumprir de forma sustentável suas ações para a efetividade do catálogo dos direitos fundamentais sociais.

Percebe-se que questões e concepções de ordem complexas devem ser evidenciadas como resultado da pesquisa, para que essa possa colaborar indicando norte aos interessados pelo tema e com isso colaborar com a construção de caminhos mais efetivos à consecução de políticas públicas de forma sustentável, haja vista a importância do respeito à dignidade da pessoa humana.

A sustentabilidade aqui evidenciada é no sentido de avaliar se a forma como o Poder Judiciário intervém nas ações e nas políticas públicas podem se sustentar sob a égide das regras das finanças públicas e neste aspecto evidenciarem o risco aos de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis das decisões de característica ativista.

É cediço que a condição de validade da atuação administrativa do Poder Executivo é o agir conforme a legalidade formal, bem como com os conteúdos plasmados nos direitos fundamentais (legalidade substancial). A vinculação da Administração Pública aos direitos fundamentais conduz a uma reflexão sobre os limites do exercício do poder e suas hipóteses de

controle. Também, essa vinculação faz com que a Administração seja concebida como uma instância garantidora de direitos fundamentais, devendo, por imposição constitucional, formular políticas públicas adequadas, eficientes e eficazes, visando à proteção e à satisfação dos direitos sociais.

Além de observar os ditames constitucionais e as limitações mínimas de investimentos (exemplo de educação e saúde), a Carta Republicana traz um catálogo de direitos sociais que, para atendê-los, o gestor público deve buscar o equilíbrio de suas contas (receita e despesa) para garantir recursos necessários a investimentos, visando implementar políticas públicas para atingir a concretude dos direitos fundamentais.

A partir da determinação judicial de cumprimentos de ações ou prestações inerentes às Políticas Públicas sem que conste no planejamento orçamentário, obriga que a Administração Pública (Poder Executivo) comprometa outras Políticas Públicas em andamento ou já planejadas.

Além de ações positivas da Administração Pública, no que compete ao alcance de implementação de satisfação dos direitos sociais, há ainda necessidades de ações negativas que visam proteger situações econômicas adversas que possam comprometer as metas e os objetivos anteriormente planejados.

Para Dworkin, a política é um conceito contraposto à noção de princípio, ou seja, seria uma espécie de padrão que estabelece um fim a ser alcançado, no sentido de alguma melhoria econômica, política ou social, direcionando as ações do governo a essas metas. Inclusive metas —negativas, no sentido de “estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas” (2002, p. 36). Dessa forma, as argumentações jurídicas a partir de princípios tendem a estabelecer um direito individual e as argumentações jurídicas a partir de políticas procuram estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios prescrevem direitos e as políticas prescrevem objetivos (2002, p. 141).

Se a Administração Pública tem suas ações vinculadas aos direitos fundamentais, pode-se evidenciar que o controle judicial de políticas públicas apresenta-se como uma modalidade do controle jurisdicional da Administração Pública.

Há quem entenda que o Poder Judiciário não pode analisar temas relativos às políticas públicas, pois invadiria a esfera dos outros poderes, bem como que caberia aos legisladores e ao administrador público a confecção e a gestão das políticas públicas, tendo em vista a legitimidade democrática do voto.

E há quem admite que o judiciário possua ampla competência para controlar políticas públicas que envolvam direitos fundamentais, haja vista o dispositivo constitucional previsto no artigo 5º, §1 da Constituição Federal Brasileira.

Ainda há quem acredita ser possível a intervenção judicial em políticas públicas voltadas aos direitos fundamentais, principalmente naquele núcleo consubstanciador das condições mínimas necessárias a uma existência digna e em acato ao princípio da vedação do retrocesso social. No entanto, a decisão judicial estaria condicionada à reserva do possível, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF 45/04), que se alinha à corrente acima, cujo relator foi o Ministro Celso de Melo, mas que não serviu de precedente à Corte e aos demais Tribunais e juízes.

A tendência da doutrina busca pontuar as situações que validam o controle judicial das políticas públicas, quando há ausência de sua formulação, ou seja, o Administrador não persegue os fins previstos não atendendo às vinculações impostas pelos direitos sociais, assim, o provimento judicial deverá ser no sentido de expedir um comando para que a Administração faça, ou seja, formule a política pública. Aqui a doutrina entende que o Judiciário coopera provocando a formulação da política pública, mas o impasse é quando determina a imediata prestação, sem prévia avaliação das condições materiais e financeiras por parte da Administração Pública.

O trabalho expõe em suas considerações finais que a forma intervencionista do Poder Judiciário traz sérios riscos à democracia, à segurança jurídica, à forma tripartite dos Poderes da República e riscos de efeitos sistêmicos, em especial, em homenagem ao escopo da pesquisa, às Políticas Públicas.

Este trabalho também demonstra que a intervenção do Judiciário também traz afronto às regras contidas no artigo 167 da Constituição Federal (que trata das leis orçamentárias).

Ao observar a redação do art. 167, II da Constituição Federal, a partir do seu artigo 85, VI d, GRAU, conclui que nada pode ser pago sem autorização orçamentária, nem além dos valores orçamentários limitados. Portanto, a desobediência de qualquer dessas limitações (despender sem autorização legal ou além da autorização) constitui crime de responsabilidade. Pois bem, crédito orçamentário, no sentido amplo, significa a dotação orçamentária feita para os fins contemplados no orçamento, “É a consignação feita pela lei orçamentária de certa quantia pecuniária com vistas a uma determinada finalidade” (BASTOS, 1998, p. 86). Os créditos dividem-se em duas espécies, os orçamentários e os adicionais. Os primeiros aparecem na Lei de Orçamento Anual (LOA)

visando às despesas previstas para a execução dos programas. As dotações orçamentárias são parcelas desse crédito, voltadas para “alguma despesa ou para a despesa de algum serviço, para algum projeto ou atividade e até para algum órgão” (BASTOS, 1998, p. 86).

No Primeiro Capítulo há exposição conceitual das políticas públicas, seus elementos, o planejamento das políticas públicas, a discricionariedade administrativa e o vínculo da Administração Pública com as peças orçamentárias e à Lei de Diretrizes Orçamentária, ao Plano Plurianual (PPA) e à Lei de Orçamento Anual .

No Capítulo Segundo são expostas as teorias dos direitos fundamentais, e suas dimensões, acompanhando a melhor doutrina a respeito da matéria.

No Capítulo Terceiro se expõe o constitucionalismo do direito advindo da Carta de 1988, como ponto ou marco significativo da judicialização e conseqüentemente do ativismo judicial.

A Judicialização é exposta no Quarto Capítulo e os fundamentos do ativismo judicial, a criação por parte do Poder Judiciário do *pensamento jurídico do possível*, a teoria da separação dos poderes são apresentados no Quinto Capítulo.

No Capítulo Sexto há a apresentação do tema central do trabalho, qual seja, o controle das políticas públicas, os requisitos de sua intervenção: Mínimo Existencial, Razoabilidade e o Princípio da Proporcionalidade e a Reserva do Possível.

No Sétimo Capítulo há uma reflexão sobre a questão da legitimidade e a teoria de Pierre Rosanvallon.

1. POLÍTICAS PÚBLICAS

Há ímpar necessidade de se buscar a definição de *políticas públicas* sob a égide deste trabalho, ou seja, a que possui conotação que fique destoada da ótica econômica, do viés ideológico e da amplitude do termo de forma coloquial, especialmente em campanhas eleitorais.

Dessa forma, a legislação, a doutrina e jurisprudência deve ser o caminho para a definição sistêmica de políticas públicas, ou seja, sob que argumentos ou fundamentos o termo é aplicado, para ai sim termos uma delimitação que estará vinculada ao objeto deste trabalho.

Na legislação é encontrado o termo *políticas públicas* na Lei n. 11.343/2006 que instituiu o sistema nacional de *políticas públicas*, a Lei 6.938/81 que organiza a política nacional do meio ambiente, a Lei 9.472/97 que disciplina a política nacional das telecomunicações, a Lei 11.771/2008 que organiza a política nacional de turismo, a Lei 11.445/2007 que implementou as diretrizes nacionais do saneamento básico.

A Constituição Federal prevê *políticas sociais* em seu artigo 196 que trata da saúde; em seu artigo 204 que prevê como diretriz para as ações governamentais na área de assistência social, a participação popular na formulação de políticas.

Também se encontra na Constituição Federal, em seu artigo 216-A, o qual prevê o Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime descentralizado e participativo, como um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, tendo como objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais.

O § 1º do artigo 227 da Constituição prevê que o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas.

Ao analisar a Constituição pode ser encontrada a expressão *políticas públicas* apenas em dois momentos, no *caput* do artigo 216-A e no inciso II do § 8º do artigo 227.

O termo *políticas sociais* é citado pelo constituinte apenas 1 vez (art.196), e o termo *políticas* 8 vezes (arts. 196; 204 II; 216-A, “caput”; V, VII, § 3º; 227, § 1º; § 8º, II).

Já o termo *política* é citado pelo constituinte em 33 momentos, sendo para prever *política de crédito* (art. 22, VII), *política nacional de transporte* (art. 22, IX), *política de educação para a segurança do trânsito* (art. 22, XII), ou para indicar *política* como sendo forma ou meio de

concepção de procedimentos (política agrícola, política de remuneração da Administração Pública) ou para tratar da concepção ideológica do termo.

Sob o prisma jurisprudencial, destacam-se decisões do Supremo Tribunal Federal que ensejou amplas discussões, ou seja, as de cunho com maior relevância ou repercussão acadêmica, as quais se destacam a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.45/DF decidida em 2004 pelo Ministro Celso de Mello e o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 410.715-5/SP, julgado pela 2ª. Turma, relatado pelo mesmo Ministro.

Os Tribunais Estaduais também trataram e tratam sobre *políticas públicas* e em singela pesquisa no Tribunal de Justiça de São Paulo, deparamos com decisões sobre as seguintes temáticas:

- (i) *Direito à saúde*: sendo com maior incidência a de fornecimento de medicamentos;
- (ii) *Política pública de mobilização e acessibilidade* – adaptação de frota de ônibus para o atendimento de pessoas com deficiência;
- (iii) *Direito à moradia* – fornecimento de abrigo ou auxílio pecuniário equivalente.

Tanto na legislação como na jurisprudência verifica-se que a definição de políticas encontra-se direcionada à concretização dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões.

Dentre os doutrinadores, destaca-se tratamento de *políticas públicas* como *meio* para a efetivação de direitos de cunho prestacional pelo Estado (objetivos sociais em sentido lato)¹, sem prejuízo para a concretização dos direitos não fundamentais.

Neste aspecto, portanto, tem-se que as *políticas públicas* dirigidas ao Estado não possuem o objetivo exclusivo de efetivar direitos fundamentais.

Fábio Konder Comparato define *políticas públicas* como sendo o *conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado*.²

¹ FREIRE JR. Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: RT, 2005.

² COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revistas dos Tribunais**, n. 737, p.18, 1997.

Para Eros Roberto Grau, “a expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social”³

Em última análise, pode-se abordar a expressão *políticas públicas* como atos e normas organizadas com o objetivo de realizar prestações do Estado à concretude dos direitos fundamentais e não fundamentais.

A partir dessa delimitação conceitual, deve-se buscar a dinâmica cíclica das *políticas públicas*.

Neste sentido, Felipe de Melo Fonte identifica o ciclo das políticas públicas em 4 fases: (i) a definição da agenda política; (ii) formulação e escolha das políticas públicas; (iii) sua implementação pelo órgão competente; e (iv) avaliação pelos diversos mecanismos previstos na Constituição e nas leis.⁴

A agenda política está intrinsecamente vinculada à percepção dos agentes eleitos (legisladores e administradores) que, por dever de ofício, devem estar sensíveis aos anseios sociais, sem prejuízo de outros atores advindos da sociedade civil organizada através de associações privadas, sindicatos e qualquer outro ator que possui capacidade de expressiva mobilização pública.

Com relação à agenda política, essa pode ser denominada de *elitista*, quando é denominada por um pequeno grupo ou *pluralista*, ou quando na participação de sua definição atua os mais diversos grupos e autores sociais.

Ainda com relação à agenda política, há distinção entre *agenda sistêmica* e *agenda institucional*.

A *sistêmica* trata da percepção dos problemas que têm os membros da comunidade política, ao passo de que a *institucional* cuida da agenda oficial dos agentes públicos, sendo que a primeira formula pretensões de inclusão na segunda, e o seu descompasso pode gerar problemas sociais e tensões políticas.⁵

O ajuste ou a sincronia entre ambas as agendas se dá, no dizer de Felipe de Melo Fonte, nas eleições, razão pela qual se evidencia a importância de programas políticos consistentes por partes dos candidatos e partidos, podendo até ser corrigidas durante os mandatos eletivos.⁶

³ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁴ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 58.

⁵ Ibid., p. 59 e 60.

⁶ Ibid., p. 60.

Para a formulação das políticas públicas, segunda fase do ciclo das políticas públicas, tem como requisito a observância da dupla habilitação legal, qual sejam, a do princípio da legalidade e a previsão dos gastos correspondentes na peça orçamentária.

Dentro da formulação das políticas públicas imperam os princípios normativos às atribuições de escolha, ou seja, o princípio democrático e o da separação dos poderes.

O princípio democrático reclama que as decisões públicas alocativas sejam exercidas pelo órgão que possua responsabilidade política (cúpula dos que foi eleito).

A especialização funcional sinaliza o órgão legitimado a exercer a escolha, atendendo assim, a tradicional função de contenção de poderes (separação dos poderes).

Na implementação das políticas públicas adotam-se todas as ações necessárias à sua consecução, como a edição de atos administrativos para alocação de pessoas, aberturas de processos licitatórios, sempre dependentes de disponibilização de recursos financeiros que as viabilize.

Com relação à avaliação das políticas públicas, o sistema constitucional brasileiro faz o seu balizamento em parâmetros distintos: (i) político eleitoral; (ii) administrativo-interno; (iii) legislativo e (iv) judicial.

A Constituição Federal, ao prever eleições periódicas, passa a efetivar o *controle político* das políticas públicas através do voto.

Tem-se ainda, sob a esfera popular, a avaliação das políticas públicas através do dever de prestação de contas por parte da Administração Pública, tendo em vista o direito à informação, como garantia constitucional da cidadania (art. 5º, XIV e XXXII da CF) além do princípio da publicidade de toda a atividade do Estado (art. 37, CF).

O controle ou a *avaliação administrativo-interno* dá-se pela Controladoria-Geral da União Federal, no caso de políticas públicas realizadas por essa entidade estatal.

A avaliação e *controle legislativo* são realizados pelo Legislativo e pelos Tribunais de Contas (arts. 70, *caput*, e 71, IV, da CF).

O *controle judicial* será exercido pelo controle de constitucionalidade dos atos administrativos ou das leis que infringirem dispositivos ou princípios constitucionais.

Até aqui se observa que as políticas públicas são adstritas aos agentes eleitos, como sendo os legitimados a adotar as medidas necessárias à consecução de políticas públicas.

Há no ordenamento jurídico procedimentos necessários para trilhar o caminho das execuções das políticas públicas, assim, as ações necessárias devem observar os seus elementos intrínsecos, quais sejam, o planejamento, a discricionariedade pública e o orçamento.

1.1. ELEMENTOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.

É necessário expor os elementos das políticas públicas como forma de evidenciar que estas são implementadas a partir de um planejamento sistêmico, que necessita o atendimento de fases e etapas que lhe dão sustentação capaz de possibilitar a suma implementação de forma sustentável.

1.1.1. PLANEJAMENTO E ORÇAMENTO PÚBLICO

O plano público ou planejamento público é o elemento que se encaixa nas engrenagens que movem a ação pública estatal, pois sem a complementação do orçamento público e a discricionariedade administrativa na ação do Estado, os planos perdem seu interesse e relevância, ao menos enquanto determinantes para a execução de políticas públicas.⁷

O Estado deve promover o planejamento de suas medidas, de maneira que haja racionalização prévia das ações administrativas a serem desenvolvidas e concretização de suas finalidades institucionais.⁸

A Constituição Federal de 1988 deu *status* relevante ao planejamento das ações estatais exigindo (i) elaboração e execução de planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social (arts. 21, IX, e 48, IV); (ii) edição de Plano Plurianual (arts. 48, II, e 165, I), sendo que aqueles, os primeiros concatenados com estes (art. 165, § 4º.); (iii) instituição do planejamento como instrumento regulador e normativo da atividade econômica (art. 174); (iv) controle sobre a realização dos objetivos, metas dos planos de governo e do plano plurianual (art. 49, IX e 74, I); (v) cargo de Ministro de Planejamento (art. 91, VII); (vi) instituição de plano nacional de reforma agrária (art. 188), do plano nacional de educação (arts. 214 e 212, § 3º.) e do plano nacional de cultura (art. 215, § 3º.); e (vii) aplicação do planejamento no âmbito estadual e municipal (arts. 25, §3º, e 29, XII).

⁷ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 80

⁸ PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. **Políticas públicas nas leis orçamentárias**. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 43.

Eros Grau conceitua planejamento não como uma modalidade ou espécie de intervenção, mas como método mais qualificado, racional, de intervenção [...] conceitua o planejamento econômico, assim, como a forma de ação estatal, caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos, mediante a qual procura ordenar, sob ângulo macroeconômico, o processo econômico, para melhor funcionamento da ordem social, em condições de mercado.⁹

O planejamento define as prioridades a serem alcançadas pelo Estado e elabora os caminhos a serem percorridos para concretizá-la, por meio de um diagnóstico do presente e da edição de normas prospectivas, que procuram determinar o futuro tanto no aspecto econômico quanto ao social.¹⁰

As políticas públicas, concebidas em quaisquer das agendas (institucional ou sistêmica), devem ser precedidas de amplo planejamento, para que se obtenha a maior eficiência e eficácia para a sua complementação.

É cediço que para o Estado possa realizar seus objetivos econômicos sociais, necessita de intervenção na sociedade e assim deve estar municiado de instrumentos para a sua realização, razão pela qual, o planejamento imperativo obriga a todos à sua observância, embora em termos de investimentos, há ênfase no planejamento denominado de indicativo, ou seja, há liberdade à iniciativa privada em aderi-lo.

A realização das políticas públicas requer planejamento em que diversos órgãos estatais passam a estar envolvidos e reclama, além de dados, conhecimentos específicos de economia, contabilidade, estatística, ciências sociais, administração pública, dentre outras.

O ato de governar requer planos e estratégias para a realização de políticas públicas de médio e de longo prazo.

Há normas de direito positivo formalizador do sistema jurídico necessário à realização das políticas estatais, razão pela qual o Direito não deve ser observado apenas como instrumento ou caráter acessório, mas como envolvimento necessário a delinear os limites para a determinação dos objetivos e dos instrumentos almejados para a consecução do planejado.

Não se pode distanciar que toda ação estatal consome recursos e em sua maioria financeira e, por essa razão há atividade financeira que se reveste do cerne jurídico da ciência das finanças.

⁹ GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômicos e regra jurídica**. São Paulo: RT, 1978. p. 62 - 65.

¹⁰ PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. **Políticas públicas nas leis orçamentárias**. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 48.

As finanças públicas são objetos do Direito Financeiro, e a intervenção econômica do Estado para o alcance de seus objetivos, incluindo a consecução de políticas públicas, necessita a observância de instrumentos de planejamento com previsão de receitas e fixação de despesas públicas, a teor do que preconiza o art. 165, I, II e III e §§ 1º, 2º, 5º e 7º da Constituição Federal.

As leis orçamentárias elencadas no artigo 165, I, II, III e § 9º da Constituição Federal são instrumentos de planejamento estatal, sem os quais é impossível jurídica e constitucionalmente o alcance dos objetivos prestacionais do Estado.

As mencionadas leis orçamentárias são na verdade atos de planejamento do Estado e cada um desses possui uma peculiaridade e função específica.

Têm-se como atos o PPA – Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO e a Lei Orçamentária Anual – LOA.

O Plano Plurianual (PPA) é uma lei com vigência quadrienal (art. 35, § 2º, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a qual deve estipular as diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública para despesas de capital e outras decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada (art. 165, § 1º, da Constituição Federal).

Essa lei também rege tanto a elaboração como as alterações dos planos e programas nacionais, regionais e setoriais, quando da competência federal (art. 165, § 4º, c/c o art. 21, IX, e 48, IV da Constituição Federal) e todos os demais planos específicos (arts. 91, VII, 188, 214, 212, § 3º e 215, § 3º).

Os grandes vetores da intervenção estatal estão definidos no Plano Plurianual (PPA), compondo as políticas priorizadas à resolução de problemas econômicos e sociais, e resulta como uma bússola de gestão de quatro anos de governo, iniciando sempre no seguinte a do mandato e terminando no ano seguinte ao seu término.

A Lei de Diretrizes Orçamentária (LDO) é a lei que define metas e prioridades da Administração Pública, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientando a elaboração da Lei de Orçamento Anual (LOA).

A LDO prevê eventuais alterações na legislação tributária, política das agências oficiais de fomento (art. 165, § 2º, da Constituição Federal).

A proposta da mencionada lei (LDO) deve ser encaminhada pelo Poder Executivo até oito meses antes do término do exercício financeiro vigente, de acordo com o que prevê o artigo 35, § 2º, II do ADCT.

A Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei Complementar 101/2000) acrescentou conteúdo à LDO aos que estão previstos no artigo 165, § 2º da Constituição Federal, devendo prever sobre o equilíbrio entre receitas e despesas, critérios para efetuar limites de empenhos, controles de custos e avaliação de resultados dos programas de governo e para transferências de recursos para as atividades privadas (art. 4º.)

A LDO deve possuir dois importantes anexos, o Anexo de Metas Fiscais que deve conter a previsão de metas anuais de receitas, despesas, resultados nominais primários e o montante de dívida pública para os três exercícios seguintes (art. 4º, § 2º da LRF), e o Anexo de Riscos Fiscais, que se destina a avaliação de eventos que afetem sensivelmente as contas públicas e as providências que deverão ser tomadas (art. 4º, §3º, da LRF).

As Metas Fiscais do Poder Executivo Federal para o exercício financeiro de 2017, que compõe o anexo IV da LDO encaminhada ao Congresso Nacional, prevê aumento da arrecadação tributária de R\$ 34,6 Bilhões, sendo R\$ 3,07 Bilhões relativos ao aumento de alíquota de IPI, R\$ 33,24 Bilhões relativos à criação da CPMF (se aprovada a PEC 140/2015), e de R\$ 336 Milhões de aumento de arrecadação da COFINS.¹¹

Adicionalmente, foi calculado o aumento de outras despesas permanentes de caráter obrigatório que terão impacto em 2017. Tal aumento será provocado pelo crescimento vegetativo dos benefícios previdenciários, do seguro-desemprego, do abono salarial e dos benefícios concedidos com base na Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS, responsável pela ampliação em R\$ 21,2 bilhões.¹²

Com relação ao Anexo de Riscos Fiscais possui a avaliação dos passivos contingentes e de outros riscos capazes de afetar as contas públicas.

De modo amplo, existem duas classes de eventos de risco que podem afetar as contas públicas. A primeira refere-se aos eventos cujo impacto materializa-se através da afetação dos parâmetros macroeconômicos projetados para a elaboração do cenário base, contida na Lei Orçamentária Anual (LOA). A segunda classe trata daqueles cujo impacto se dá de forma direta nas receitas e/ou despesas constantes no cenário base, sem necessariamente afetar, *a priori*, os parâmetros projetados para a sua construção.

¹¹ BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

¹² Ibid.

Os principais parâmetros macroeconômicos projetados pelo Governo para a construção do cenário base são os seguintes: (i) de atividade econômica, envolvendo o PIB, a produção industrial e alguns ramos específicos da indústria; (ii) do mercado de trabalho, considerando as projeções sobre a atividade econômica; (iii) das vendas no comércio e em alguns ramos específicos do comércio, considerando a evolução da atividade econômica e do mercado de trabalho; (iv) da inflação; (v) do setor externo, incluindo taxa de câmbio; (vi) dos agregados monetário e taxa de juro básica da economia; e (vii) do preço do petróleo. Para efeitos desse Relatório, todas as demais variáveis incorporadas na construção do cenário base ou que podem vir a afetá-lo são consideradas de cunho não macroeconômico.

O Projeto da LDO do Poder Executivo Federal para 2017 prevê dentre os riscos o de maior impacto relativo à previdência social, haja vista que se encontra no âmbito do Supremo Tribunal Federal a possibilidade de desaposentação e caso contenha decisão favorável, impactará o Orçamento em R\$ 181,9 Bilhões.¹³

Ambos os instrumentos de planejamento (PPA e LDO) são inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, que integrou planejamento e orçamento a *status* constitucional, haja vista que tal integração era prevista somente em dispositivos infraconstitucionais (Art. 7º do Decreto-Lei 200/1967).

Cumprе ressaltar que os atos de planejamento em matéria orçamentária são definidos como leis no sistema jurídico pátrio, detendo então, força de lei, independentemente de sua classificação doutrinária (lei formal ou material). Eles possuem conteúdo prospectivo, estando, portanto, sujeitos às medidas estatais posteriores para serem realizados.¹⁴

Neste sentido, como atos de planejamento determinantes para o setor público, as leis orçamentárias instituem comandos que vão além de simples autorizações para a execução de receitas e despesas públicas. As normas no PPA, na LDO e na LOA devem produzir efeitos até onde seu conteúdo jurídico consegue atingir.¹⁵

No dizer de Felipe de Melo Fonte, o orçamento público nas sociedades democráticas contemporâneas é *peça chave* no desenho das políticas públicas, pois é por meio dele que se define o *tamanho* do Estado em cada momento histórico. Sem a devida previsão orçamentária,

¹³ BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

¹⁴ PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. **Políticas públicas nas leis orçamentárias.** São Paulo: Saraiva. 2015. p. 97.

¹⁵ *Ibid.*, p. 105

não é possível a realização de políticas públicas, pois o seu exercício seria *antidemocrático*, exatamente porque ausente à devida autorização popular. Quando o magistrado determina que sejam efetuados gastos que não estão previstos no orçamento, ou procura, diretamente, alterar-lhe a feição, incorre, ao menos em tese, nesta violação.¹⁶

O orçamento público sofreu significativa evolução, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, momento em que inicia o marco embrionário do Estado Social.

Até então, ou seja, até a fase em que tínhamos o Estado Liberal, o orçamento público era o mecanismo de controle do Legislativo sobre o Executivo, a fim de que esse último não excedesse em suas despesas para evitar assim o aumento da carga tributária sobre as sociedades.

O orçamento constituía-se uma fórmula eficaz de controle, pois se colocava frente a frente às despesas e as receitas. Na época, os impostos eram autorizados anualmente, o que permitia uma verificação crítica mais rigorosa das despesas a serem custeadas com a receita proveniente dos impostos. O controle no sentido contábil e financeiro acabava sendo um corolário do controle político. Era necessário aperfeiçoar o orçamento para dotá-lo com informações úteis, especialmente de interesse do Parlamento.¹⁷

Com a origem do Estado Social, o orçamento público ganhou ênfase quanto à sua concepção, pois detalha financeira e economicamente todas as receitas, despesas e investimentos públicos, capazes de mobilizar a Administração Pública para a realização de suas atividades de manutenção e prestacionais.

O Orçamento quantitativo é demonstrado em Anexos à LDO, e é parte integrante dessa.

Dessa forma, a exemplo do PPA, a LDO vincula o Poder Executivo, mesmo porque é lei e dessa forma a sua observância deve ser plena.

Deve-se ainda observar à lógica sequencial exigida para a construção desses instrumentos: PPA, LDO e LOA. Todas essas peças orçamentárias (PPA, LDO e LOA) devem ser precedidas do Plano de Governo em que estão dispostas as diretrizes do governo eleito.¹⁸

Nesse sistema, deverá haver harmonia entre os planos e programas governamentais e o PPA, conforme artigo 165, parágrafo 4º da CF/88, e a LDO deverá estar em harmonia com o PPA, de acordo com o artigo 166, parágrafo 4º da CF/88. (34).

¹⁶ PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. **Políticas públicas nas leis orçamentárias**. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 80.

¹⁷ GIACOMINI, James. **Orçamento público**. 15. ed. São Paulo: Editora Atlas. 2010. p. 55.

¹⁸ MENDES Áquilas; SOUZA, Maria de Fátima de (Org.). **Tempos radicais da saúde em São Paulo: a construção do SUS na maior cidade brasileira**. São Paulo: Hucitec, 2003. p. 116-117.

Em relação à Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF – LC 101/2000), essa também deve ser observada pelo Poder Judiciário quando da tomada de suas decisões. A LRF, dentre seus princípios, estabelece o princípio do equilíbrio entre receitas e despesas, traduzido em equilíbrio das contas públicas, além da necessidade de correlação entre receita e despesas na lei de diretrizes orçamentárias.

A Lei 4.320/64, legislação com *status* de lei complementar, regulamenta a elaboração do orçamento público, dispõe sobre a obrigatoriedade do equilíbrio entre despesa e receita, embora contenha conteúdo diferente ao da LRF ao estabelecer o equilíbrio como meta, na medida em que tal fosse possível, diferentemente do conteúdo vinculante da disposição na LRF e cujo descumprimento implica em sanção de natureza penal e institucional.

Ainda, a LRF especifica regras das já existentes leis orçamentárias (PPA, LDO e LOA), limitando dessa forma a liberdade de utilização de verbas orçamentárias e fazendo com que o gestor considere as prioridades impostas, petrificando assim as possibilidades de sua atuação diante das demandas que são apresentadas por meio de ordens judiciais, conforme preveem os artigos 16 e 17 da LRF.

Por derradeiro, conclui-se ou é possível concluir que a Administração está vinculada a um sistema jurídico normativo (constitucional e infraconstitucional) que possui mandamentos impositivos que devem ser observados pelo Poder Executivo nas elaborações e concretizações das Políticas Públicas.

1.1.2. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

No âmbito das políticas públicas a discricionariedade das políticas públicas é um instituto substancialmente importante.

A discricionariedade que se busca alcançar com esse trabalho é aquela na qual cuja semântica leva-nos à liberdade da Administração Pública de tomar decisões sem o controle dos demais poderes públicos (Legislativo e Judiciário).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 988) leciona discricionariedade administrativa:

“[...] discricionariedade é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de

adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente”.¹⁹

No exercício da discricionariedade a Administração Pública integra a ordem jurídica, tomando decisões relativas aos problemas concretos que se apresentam, produzindo ações e atos jurídicos, objetivando, dessa forma, a consecução do interesse público.²⁰

Isabel Lifante Vidal classifica a discricionariedade administrativa em forte e fraca, sendo a primeira exercida pela Administração Pública pela outorga legislativa e também pela multiplicidade de interesses previstos na Constituição Federal que pode permitir certa ampliação do espaço da ação administrativa, e a segunda como sendo a discricionariedade instrumento, *i.e.*, a que decorre acidentalmente da utilização de termos pouco precisos pelo legislador.²¹

No campo específico das políticas públicas, a discricionariedade avulta como um fenômeno extremamente importante. Isso porque normalmente a definição dos instrumentos das políticas públicas estará sujeita à discricionariedade em sentido forte, cabendo ao administrador público optar por uma ampla gama de meios de ação, além disso, consagrou-se no direito brasileiro o entendimento de que o gasto público é uma opção discricionária do administrador, tudo em decorrência da natureza autorizativa do orçamento público. Assim, a Administração Pública encontra-se limitada pelos créditos orçamentários, mas não está obrigada a utilizá-los nos programas a que estão relacionados e sequer tem que justificar eventuais contingenciamentos.²²

Do verbo latino *discenere*, que significa separar, distinguir ou avaliar, tem como origem na lacuna ou na inexistência de previsão legal dos atos da Administração Pública atuantes nos aspectos da vida social, mesmo porque é necessário que o agente público goze de relativa margem de flexibilidade para regular e assim atingir o interesse coletivo, ou público.

A partir da Revolução Francesa, da Teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu, e o início da origem do Estado Liberal, a expressão discricionariedade assume nova abordagem, haja vista que até então essa era nata expressão monárquica.

Houve, portanto, restringir a discricionariedade para que fossem instituídos limites às atividades estatais, como garantia dos direitos individuais dos cidadãos, com destaque ao da liberdade.

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁰ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

²¹ VIDAL, Isabel Lifante. Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. **DOXA: cuadernos de filosofía del derecho**, n. 25 p. 413-436, 2015.

²² FONTE, op.cit., p.87

A margem de discricionariedade muitas das vezes concedida pelo legislador não poderia resultar na sensação de que o Estado agiria de forma arbitrária, esse foi um desafio ao Estado de Direito, especialmente os constitucionalistas.

Os debates doutrinários à época tenderam a reconhecer a impossibilidade de prever pelo Legislativo ou parlamento as dinâmicas e a evolução social, juntamente com as modernidades que desapontavam no horizonte não muito longe.

Assim, o agente público gozava de discricionariedade administrativa, e que poderia ser refutada pelo Poder Judiciário quando o Executivo não observava os direitos da liberdade e garantias individuais, corolário do Estado Liberal.

Com o despontar do Estado Social, após a 2ª. Guerra Mundial, houve o reconhecimento de outras garantias além da de liberdade e garantia individual, mas as dos direitos sociais, necessitando adotar a discricionariedade de novos parâmetros, incluindo a ação estatal à reserva da lei e ao princípio democrático.

O planejamento das ações de governo não só para assuntos conjunturais e preeminentes, mas também para o futuro e, tendo em vista agora um Estado Social (Democrático), com atribuições de direitos fundamentais de segunda dimensão, a racionalização técnica passa a ser ingrediente obrigatório, incompatível com o perfil do Estado Liberal.

Com o Estado Social, o *'government by policies' substitui o 'governo by law'*.²³

Nessa seara, o Estado Social opera com objetivos ou programação finalista, servindo de base jurídica na implementação de políticas públicas.

Com essa abordagem, os mecanismos legais têm por objetivo impor metas, resultados e fins para o próprio Estado, muitas vezes sem especificar os meios pelos quais devem ser alcançados, sendo concedido ao Poder Executivo a liberdade ou a discricionariedade para a implementação das normas, tendo em vista ser o Poder com maior habilidade técnica, operacional e conhecimento para organizar as políticas públicas.

Essa discricionariedade, nos países em desenvolvimento, acaba muitas vezes como condição de arbitrariedades, resultando no sufocamento às prestações sociais previstas na Constituição Federal de 1988, com o argumento infundado na discricionariedade administrativa.

Assim, mais uma vez, outorga-se à discricionariedade nova roupagem e nova abordagem, sob pena de sedimentá-la a orientação sem nenhuma vinculação.

²³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: (interpretação e crítica). 2. ed. São Paulo: RT, 1991. p. 13.

Com o surgimento do Estado Democrático emergiram duas concepções políticas notórias: a *Roussoniana* (com a máxima de que todo o poder emana do povo), da forma preconizada no artigo 1º, § 1º da Constituição Federal; e a que remonta Montesquieu e fundamenta-se na tripartição do exercício do poder, também albergado pelo artigo 2º da Constituição Federal, concluindo que a atividade estatal, em especial a administrativa, resulta do cumprimento da vontade geral indicada no texto constitucional e na lei.

A lei traz a finalidade a ser perseguida pelo administrador, divergindo de boa parte da doutrina que ao contrário da teoria do “poder discricionário” a Administração possui um “dever discricionário”.

É no campo das políticas públicas que historicamente e doutrinariamente impera a discricionariade administrativa, primeiro porque o caráter provedor do Estado mostra-se mais evidente na efetivação das políticas sociais e as normas fundamentadoras dessas políticas são descritas no texto constitucional e possuem caráter programático para a efetivação dos direitos fundamentais.

A efetivação dos direitos sociais como a saúde e a educação possuem custos muito maiores do que dos direitos civis e políticos, e por esta razão possuem maior impacto no planejamento estatal, em especial no orçamento público.

Cumprе ressaltar que a discricionariade administrativa é reduzida ou inexistente no que toca aos direitos fundamentais cujas políticas públicas estejam constitucionalizadas, como querem os Tribunais Superiores, a expansão desmedida no reconhecimento da fundamentalidade dos direitos representará o esvaziamento contra majoritário de funções que são tipicamente administrativas e legislativas.²⁴

No Brasil, durante muito tempo os tribunais autolimitaram-se, entendendo não poder entrar no mérito do ato administrativo, e o Poder Judiciário assim se manifestou por inúmeras vezes nesse sentido, antes da Constituição de 1988.²⁵

Não se pode distanciar que a Lei da Ação Popular possibilitou a apreciação do mérito do ato administrativo, conforme dispositivos da mencionada Lei 4.717/65 (art. 4º, II, *b* e V, *b*), ganhando a mencionada ação, status constitucional no artigo 5º, LXXIII.

²⁴ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 90.

²⁵ STJ, RMS 15.959/MT, j. 07.03.2006; RMS 18.151/RJ, j. 01.12.2004; MS 12.629/DF, j. 22.08.2007 – Súmula do STF (década de 60) – 339 – “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores sob o fundamento da isonomia.”

As políticas públicas são instrumentos de efetivação dos objetivos fundamentais previstos no artigo 3º da Constituição Federal,

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

in I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Também, através de políticas públicas efetivam-se os direitos fundamentais explicitados na Constituição de Outubro, que possuem evidência àqueles em que o Estado deve conceder prestações para a sua realização.

É a característica da constitucionalização dos direitos ou o constitucionalismo, como perfil de um Estado (Social) Democrático de Direito.

A grande tensão ou conflito na discussão do controle judicial das políticas públicas é a dicotomia entre a democracia e o constitucionalismo, haja vista que esse último permite o avanço à política do Poder Judiciário, que com uma ação ativista, passa a ser protagonista da própria consecução das Políticas Públicas.

Há necessidade de apreciar, mesmo que seja de forma sucinta, as teorias ou a exposição dos direitos fundamentais.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

De acordo com a melhor doutrina pode-se conceituar direitos fundamentais como sendo conjunto de prerrogativas e instituições que, em determinado momento histórico, concretizam as exigências da liberdade, igualdade e dignidade entre os seres humanos. São núcleos invioláveis de uma sociedade política, sem os quais tende essa tenda a perecer.²⁶

Os direitos fundamentais podem ser concebidos como direitos humanos positivados, cujo rol ou catálogo são expressos em dogmas constitucionais. De um ponto de vista histórico, ou seja, na dimensão empírica, os direitos fundamentais são, originalmente, direitos humanos.

O constitucionalismo, como remédio jurídico e social para conter ou limitar os poderes estatais coincide com o surgimento dos direitos fundamentais.

Não há dúvida de que com o processo de constitucionalização dos países, a institucionalização dos direitos fundamentais tomou rumos concretos e possibilitou a sua efetiva normatização interna. Embora os direitos fundamentais, sob uma perspectiva clássica e histórica tenham origem na instrumentalização de institutos de proteção do indivíduo frente à atuação do Estado, vê-se cada vez mais que esse conceito não mais se sustenta, diante das constantes mudanças nas relações entre Estado e sociedade.²⁷

Para a doutrina tradicional os direitos fundamentais surgiram com a *Magna Charta Libertatum*, assinada pelo rei João Sem-Terra (Inglaterra, 1215), documento esse elaborado ao monarca pelos barões feudais ingleses.

Há corrente que defende que a *Magna Charta*²⁸ não pode ser considerada a primeira Constituição, pois não era direcionada para todos, mas apenas para a elite formada por barões feudais. Dessa forma, a primeira Constituição, propriamente dita, seria o *Bill of Rights*

²⁶ ANDRADE, Manoela. **Direitos fundamentais:** conceito e evolução. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16010-16011-1-PB.pdf>> Acesso em: 16 out. 2016.

²⁷ KIM, Richard Pae. Separação de poderes e as teorias interna e externa dos direitos fundamentais: direitos sociais e a inaplicabilidade da teoria externa. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, ano 5, v. 10, p. 273-301, 2015.

²⁸ Redigida em latim bárbaro, a Magna Carta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannen at barones para a outorga das liberdades da Igreja e do rei inglês) foi a declaração solene que o rei João da Inglaterra, dito João Sem-Terra, assinou, em 15 de junho de 1215, perante o alto clero e os barões do reino. Outorgada por João sem Terra em 15 de Junho de 1215, e confirmada; seis vezes por Henrique III; três vezes por Eduardo I; catorze vezes por Eduardo III; seis vezes por Ricardo II; seis vezes por Henrique IV; uma vez por Henrique V, e uma vez por Henrique VI. Inglaterra. Fonte: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>.

(Inglaterra, 1688/1689)²⁹, que previa direitos para todos os cidadãos, e não apenas uma classe deles.³⁰

Por outro lado, não menos importante, há correntes defensoras que os direitos fundamentais tiveram sua gênese na religião, a exemplo da “Lei de Deus” (Torah).

A Reforma Protestante, levou à reivindicação e ao gradativo reconhecimento de liberdade de opção religiosa e de culto em diversos países da Europa, como foi o caso do *Édito de Nantes*³¹, promulgado por Henrique IV da França em 1598, e depois revogado por Luiz XIV em 1.685. Nesse contexto também podem ser enquadrados os documentos firmados por ocasião da Paz de Augsburg, em 1555³², e da Paz da Westfália, em 1.648³³, que marcou o final da Guerra dos

²⁹ Revolução Gloriosa é o nome dado pelo movimento ocorrido na Inglaterra entre 1688 e 1689 no qual o rei Jaime II foi destituído do trono britânico. Chamada por vezes de "Revolução sem sangue", pela forma de veras pacífica com que ocorreu, ela resultou na substituição do rei da dinastia Stuart, católico, pelo protestante Guilherme (em inglês, William), Príncipe de Orange, da Holanda, em conjunto com sua mulher Maria II (respectivamente genro e filha de Jaime II).

Tal revolução toma forma com um acordo secreto entre o parlamento inglês e Guilherme de Orange, stadtholder da Holanda (título específico holandês, equivalente a "chefe de estado") numa manobra que visava entregar o trono britânico ao príncipe, devido à repulsa dos nobres britânicos ante à insistência de Jaime II em reconduzir o país no rumo da doutrina católica. Assim, as tropas abandonam o rei Jaime e em junho de 1688 Guilherme de Orange é aclamado rei com o nome de Guilherme III. É estabelecido assim um compromisso de classe entre os grandes proprietários e a burguesia inglesa. Seu efeito negativo foi sentido pela população em geral, que foi marginalizada pela nova ordem. Outro efeito, porém, foi o de mostrar que não era necessário eliminar a figura do rei para acabar com um regime absolutista, desde que este aceitasse uma completa submissão às leis ditadas pelo parlamento. Assim, a Revolução Gloriosa iniciou a prática seguida até hoje na política britânica, que é a da Monarquia Parlamentar, em substituição ao absolutismo, onde o poder do rei é delimitado pelo parlamento.

O movimento possui feições mais associadas a um golpe de estado propriamente do que uma autêntica revolução, e em linhas gerais foram poucas as batalhas e conflitos deflagrados pela deposição do rei, com exceção de regiões de maioria católica, como na Irlanda e na Escócia, local de origem da dinastia Stuart, da qual Jaime II era integrante.

A Revolução Gloriosa marcou um importante ponto para o direcionamento do poder em direção do parlamento, afastando a Inglaterra permanentemente do absolutismo. Foi aprovado no parlamento o Bill of Rights (declaração de direitos) onde se proibia que um monarca católico voltasse a governar o país, além de eliminar a censura política, reafirmando o direito exclusivo do Parlamento em estabelecer impostos e o direito de livre apresentação de petições. A declaração ainda garantiu ao parlamento a organização e manutenção do exército, tirando qualquer possível margem de manobra política e institucional possível do monarca.

Assim, a barreira representada pelo absolutismo foi removida da vista da classe burguesa e da aristocracia rural, trazendo uma consequente prosperidade e florescimento às duas, que viveriam a seguir, com a Revolução Industrial, o seu auge dentro da sociedade inglesa. (SANTIAGO, [20--]).

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 41.

³¹ O Edito de Nantes, promulgado pelo rei francês Henrique IV em 13 de abril de 1598, concedeu, ainda que de maneira limitada, direitos religiosos, civis e políticos aos protestantes da França, os huguenotes, que vinham sendo duramente reprimidos pelas autoridades seculares e eclesiásticas daquele país.

O estudo da história reveste-se de grande relevância, visto ser uma contínua fonte de ensinamentos, seja na forma de advertências, seja na forma de inspiração e encorajamento. Os fatos relacionados com o Edito de Nantes contêm os dois tipos de ensinamentos. Advertências quanto ao mal da intolerância, o desrespeito aos direitos da pessoa humana, o perigo de associações ilegítimas entre a igreja e o estado. E inspiração no que diz respeito ao heroísmo das pessoas e comunidades que sofreram por causa de sua fé, e a coragem de cidadãos que, mesmo se em terem um interesse pessoal nos conflitos, se colocaram ao lado dos injustiçados. Fonte: <http://www.mackenzie.br/7030.html>.

³² A Paz de Augsburg foi um tratado assinado entre o Imperador do Sacro Império Romano, Carlos V e as forças da Liga de Esmalcalda neste dia, 25 de setembro de 1555, na cidade de Augsburg, na atual Alemanha.

Este tratado marcou temporariamente o fim da luta travada entre católicos romanos e protestantes luteranos na Alemanha do século XVI, durante o reinado de Carlos V.

Este acordo, datado de 25 de setembro de 1555, foi feito pela Dieta do Sacro Império Romano-Germânico, mas Carlos V, apesar de ter proclamado este parlamento, recusou-se a participar nele. O seu irmão Ferdinando I, depois coroado imperador do império romano, foi, porém autorizado a celebrar os compromissos necessários ao restabelecimento da paz.

Trinta Anos, assim como o conhecido *Toleration Act* da colônia americana de Maryland (1649) e seu similar da colônia de Rhode Island de 1.663 em que previa a tolerância religiosa aos católicos.³⁴

A despeito do dissídio doutrinário sobre a paternidade dos direitos fundamentais, disputada entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa de 1.789, é a primeira que marca a transição dos direitos fundamentais constitucionais.³⁵

De qualquer forma, desde o seu reconhecimento, nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz ao seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação.³⁶

Essas transformações resultaram na verdade em sua evolução, de acordo com a evolução da própria inovação do perfil do Estado, em especial o Liberal, com marco pós 2ª. Guerra Mundial.

Por este tratado de paz ficava consagrado o estatuto legal do Protestantismo na Alemanha, permitindo a possibilidade de cada líder de um estado alemão escolher a sua religião, ficando os seus súbditos obrigados a aceitar a sua escolha.

O resultado da Paz de Augsburg foi o estabelecimento da tolerância oficial dos Luteranos no Sacro Império Romano. De acordo com a política de cuius regio, eius religio, a religião (Católica ou Luterana) do príncipe (eleitor) da região seria aquela a que os súbditos desse príncipe se deveriam converter. Foi concedido um período de transição no qual os súbditos puderam escolher se não preferiam mudar-se com família e haveres para uma região governada por um príncipe da religião de sua escolha (Artigo 24: “No caso de os nossos súbditos, quer pertencentes à velha religião ou à confissão de Augsburg, pretendam deixar suas casas com as suas mulheres e crianças por forma a assentar noutra, eles não serão impedidos quer na venda do seu imobiliário desde que pagas as devidas taxas, nem magoados na sua honra”).

Este tratado, no entanto, não conseguiu acabar com as disputas entre os dois credos cristãos, mas, embora não tenha satisfeito nenhuma das partes em conflito, conduziu a um período de cerca de cinquenta anos de paz religiosa.

Apesar de a Paz de Augsburg ter sido moderadamente bem sucedida em aliviar a tensão no Império e ter aumentado a tolerância, ela deixou coisas importantes por fazer. Nem os Anabatistas nem os Calvinistas ficaram protegidos sob esta paz: muitos grupos protestantes vivendo sob o domínio de um príncipe Luterano ainda se encontravam em perigo de acusação de heresia. (Artigo 7: “No entanto, todas as religiões que não aquelas duas mencionadas acima não serão incluídas na presente paz, e estão totalmente excluídas dela.”) A tolerância não foi oficialmente estendida aos Calvinistas antes do Tratado de Vestefália em 1648. (ROCHA, 2016.)

³³ A Paz de Vestefália foi negociada durante três anos pelos representantes dos católicos e protestantes. As conversações de paz, iniciadas em 1644 em Münster e Osnabrück, envolviam o fim da guerra de oitenta anos entre Espanha e Países Baixos e da guerra dos trinta anos na Alemanha. O tratado de paz entre Espanha e Países Baixos foi assinado em 30 de janeiro de 1648; em 24 de outubro do mesmo ano foi assinado o tratado de paz entre o Sacro Império Romano-Germânico, os outros príncipes alemães, a França e a Suécia. Os tratados concluídos nessas duas cidades da Vestefália foram depois reunidos no Ato Geral de Vestefália em Münster em 24 de Outubro de 1648.

Pelo tratado, o mapa religioso da Europa ficaria imóvel, uma vez que a eventual conversão dos soberanos não acarretaria mudanças religiosas nos respectivos domínios. Ao mesmo tempo, não só o equilíbrio de poderes no continente europeu se viu alterado – com a Espanha a ceder a posição dominante à França – como também certas fronteiras foram redefinidas.

A Espanha perdeu não só os Países Baixos, mas sua posição de domínio no oeste da Europa e o controle dos mares nas colônias americanas. Várias nações, entre as quais os Países Baixos e a Suíça, viram reconhecida a sua independência.

A Paz de Vestefália, que significou a dissolução da antiga ordem imperial, permitiu o crescimento de novas potências em suas partes componentes. Reconhecido como fundamento da constituição alemã, o tratado formou a base de todos os acordos seguintes até o desaparecimento definitivo do império em 1806. (CRUZ, 2011).

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 42.

³⁵ Ibid., p. 43.

³⁶ Ibid., p. 45.

Assim o Estado de Direito ou Liberal com constituições de direitos fundamentais negativos em face ao Estado (respeito à liberdade e aos direitos civis e políticos) passa a incluir outros direitos fundamentais.

Essas transformações ou evolução transparecem claramente um processo cumulativo, progressivo, inclusivo e complementar, razão pela qual a doutrina classifica esses direitos em *dimensões*.

A melhor doutrina prefere o termo *gerações*, em razão de a semântica direcionar para a ideia que a geração padece com o nascimento de uma nova, o que na verdade não é isso que acontece, ou seja, os direitos fundamentais são progressivos, agregados, evoluídos, acrescentados a outros.

Os direitos fundamentais, assim como a Constituição e o próprio Direito, podem ser estudados, projetando-os em muitas dimensões. Essa multidimensionalidade é uma característica do próprio modelo epistemológico e axiológico que se considera mais adequado para investigá-los.

As principais características dos direitos fundamentais são (i) Historicidade: os direitos são criados em um contexto histórico, e quando colocados na Constituição se tornam Direitos Fundamentais; (ii) Imprescritibilidade: os Direitos Fundamentais não prescrevem, ou seja, não se perdem com o decurso do tempo. São permanentes; (iii) Irrenunciabilidade: os Direitos Fundamentais não podem ser renunciados de maneira alguma; (iv) Inviolabilidade: os direitos de outrem não podem ser desrespeitados por nenhuma autoridade ou lei infraconstitucional, sob pena de responsabilização civil, penal ou administrativa; (v) Universalidade: os Direitos Fundamentais são dirigidos a todo ser humano em geral sem restrições, independente de sua raça, credo, nacionalidade ou convicção política; (vi) Concorrência: podem ser exercidos vários Direitos Fundamentais ao mesmo tempo; (vii) Efetividade: o Poder Público deve atuar para garantir a efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais, usando quando necessário meios coercitivos; (viii) Interdependência: não pode se chocar com os Direitos Fundamentais, as previsões constitucionais e infraconstitucionais, devendo se relacionar para atingir seus objetivos, e (ix) Complementaridade: os Direitos Fundamentais devem ser interpretados de forma conjunta, com o objetivo de sua realização absoluta.³⁷

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 71-75

Evidencia-se o entendimento do doutrinador italiano Norberto Bobbio ao referir-se à proteção dos direitos fundamentais do homem, como elemento integrador ao conteúdo essencial do Estado democrático, ao passo que a paz constitui pressuposto indispensável à proteção efetiva dos direitos do homem, de tal sorte que “direito do homem, democracia e paz são três elementos necessários do mesmo movimento histórico: sem os direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia: sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica de conflitos.”³⁸

³⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 1.

2.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA DIMENSÃO

Ingo Wolfgang Sarlet expõe que são direitos do indivíduo frente ao Estado, mais precisamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por esse motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez dirigidos a uma abstenção e não uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, nesse sentido, “direito de resistência ou de oposição perante o Estado.”³⁹

Os direitos fundamentais de primeira dimensão possuíram inspiração jusnaturalista, tais como o direito à vida, liberdade, a propriedade, incolumidade física, manifestação do pensamento, liberdade religiosa, à igualdade, dentre outros.

Nos termos da doutrina clássica, são direitos que exigem um *non facere* dos poderes públicos, dotados de plena eficácia, já que a simples inércia estatal é suficiente para a efetividade dos chamados “direitos de defesa”.⁴⁰

2.2. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO

O impacto da industrialização, pós-revolução industrial, e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuído ao Estado comportamento ativo da realização da justiça social.⁴¹

Além dos direitos de primeira dimensão haveria a necessidade de o Estado prover o bem estar - social, razão pela qual as constituições, com destaque à Francesa de 1793 e 1848, Brasileira de 1824 e a Alemã de 1849, passa a outorgar aos indivíduos prestações sociais estatais (saúde, educação, trabalho, assistência social, etc.).

Os direitos fundamentais de segunda dimensão surgem especialmente no século XX, no segundo pós-guerra, com a insígnia de justiça social.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 47.

⁴⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional:** teoria, história e métodos de trabalho, 2013. p. 78

⁴¹ SARLET, op.cit., p. 47.

Os direitos da segunda dimensão são os sociais, culturais e econômicos, decorrentes do princípio da igualdade não só formal, mas em especial, material, visando o alcance da igualdade *stricto sensu* e surgiram, de fato, nos locais onde restou implantado o Estado Social. São direitos que exigem determinadas prestações por parte do Estado, impondo obrigações de fazer, “de facere”, que hoje tem sido objeto de intensa produção científica sobre o seu conteúdo jurídico e sobre os graus de efetividade e/ou de aplicabilidade das normas que visam garanti-las.⁴²

Deve se destacar que os direitos de segunda dimensão abrangem também os das “liberdades sociais”, tais como liberdade de sindicalização, de se manter ou não associado, direito de greve, além dos direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como direito às férias, repouso semanal remunerado, garantia de salário mínimo, limitação da jornada de trabalho, dentre outros previstos no artigo 7º da Constituição Federal.

2.3. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA DIMENSÃO

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, citando C. Lafer, os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, a princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.⁴³

A doutrina destaca entre os direitos fundamentais de terceira dimensão: o direito à paz, a autodeterminação dos povos, o desenvolvimento, meio ambiente, qualidade de vida, o direito de morrer com dignidade, garantias contra manipulações genéticas, direito à mudança de sexo, direito à comunicação, conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, facetas de direitos da dignidade da pessoa humana, tendo como característica a titularidade coletiva de tais direitos, apesar de correntes doutrinárias elegendo alguns desses direitos à quarta dimensão.⁴⁴

Cumpra ainda destacar que muitos dos direitos de terceira dimensão ainda não estão positivados constitucionalmente e encontram-se sendo reconhecidos no âmbito do direito internacional.

⁴² KIM, Richard Pae. Separação de poderes e as teorias interna e externa dos direitos fundamentais: direitos sociais e a inaplicabilidade da teoria externa. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 10, n. 5, p. 273-301, 2015.

⁴³ LAFER, 1991 apud SARLET, 2015. p. 48

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 524

Pode-se destacar que se tem doutrinador que reconhece a existência de direitos fundamentais de quarta dimensão, como a democracia direta, à informação, assim como pelo direito ao pluralismo, o direito a manipulação genética, o direito à mudança de sexo.⁴⁵

Há ainda doutrinadores que sugerem a existência de direitos fundamentais de quinta dimensão.⁴⁶

A apresentação dos direitos fundamentais é necessária para que se possa de forma direta trazer fundamentos preliminares necessários para avaliar se o Poder Judiciário pode intervir nas políticas públicas, ou até mesmo controlá-las e, em caso positivo, se há limites nessa intervenção.

Não há como discorrer sobre o controle judicial das políticas públicas sem expor sobre o *ativismo judicial* e, por esta razão esse será o tema do próximo capítulo.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. P. 524-6

⁴⁶ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 97 e ss.

3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Não se pode distanciar da evidência de que a constitucionalização do direito traduz no efeito expansivo das normas constitucionais para abranger matérias que poderiam estar afetas às normas infraconstitucionais.

A partir do momento em que há a expansão das normas constitucionais, seu conteúdo material, axiológico e a possibilidade de aplicação são irradiados por todo o sistema jurídico, contaminando-o no dizer mais abrangente.

Neste sentido, todas as normas infraconstitucionais são impregnadas pelas regras e princípios constitucionais, de sorte que as incompatíveis ou contrárias são apartadas do tecido jurídico positivo por inconstitucionalidade.

A constitucionalização do direito resulta em mitigar a discricionariedade da Administração Pública além de impor deveres e validar seus atos e até a prática desses, independentemente de mandamento advindo do Poder Legislativo e, da mesma forma, em relação ao Poder Legislativo que também vê sua liberdade legiferante restringida às delimitações da Lei Maior.

A partir da constitucionalização do direito, do juiz monocrático aos Plenos dos Tribunais Superiores e até a Corte Suprema podem interpretar toda a legislação do sistema jurídico positivo, aplicando o controle difuso ou concentrado e até incidental dos atos normativos.

As relações jurídicas entre os particulares também estão sob o mesmo “guarda-chuva”, em que o conteúdo axiológico e material da constituição indica limites de atuação e o norte do seu exercício.

Um dos motivos ou uma das justificativas em constitucionalizar o direito foi o de aprimorar a democracia, com viés que extrapola o direito coletivo, mas também para albergar os da minoria ou dos que não possuem os mesmos recursos para que venha ser reconhecido como direitos, outrora preteridos em razão do interesse coletivo, criando ambiente para concretizar um (novo) Estado Social, ou Estado de bem estar.

O consenso doutrinário de que o constitucionalismo teve seu embrião na Alemanha é válido quando se aprecia a Constituição germânica de 1949, embora os desenvolvimentos doutrinários iniciassem bem antes.

Há inspiração de forma expressiva, para o direito brasileiro, do sistema de controle de constitucionalidade do direito americano, por assim dizer, o berço do constitucionalismo, em razão da existência de uma constituição escrita (desde 1.787).

No Brasil, a Constituição de 1988 é o marco simbólico entre o regime ditatorial militar para o de (re)democratização plena, evidenciando uma carta que emergiu mais em razão da necessidade circunstancial do que de suposta maturidade institucional.

A Carta de 1988 é, pode-se dizer, o divisor de águas entre o regime de ditadura para o de redemocratização.

Percebeu-se à época de sua promulgação, todo o êxtase de euforia da sociedade e dos constituintes para redigir uma Carta que buscasse a máxima inclusão social, em detrimento das diretrizes do Estado até então, resultando texto analítico, prolixo e de certa forma corporativo.

A democratização tardia do Brasil, a exemplo de Portugal e Espanha, tornou o processo afinado às aspirações reprimidas que se extravasou de forma intensa, tornando o texto Maior em centro do sistema jurídico.

Obviamente que o Estado (Social) Democrático de Direito, expressão que traduz que a Constituição passa a abarcar todo o sistema normativo brasileiro, ou seja, a Constituição é o centro norteador para todas as relações jurídicas, entre o Estado e seus particulares e entre os particulares.

A maioria dos ramos do direito recebeu tratamento constitucional, resultando em superposição de temas (as normas infraconstitucionais e a Constituição), obrigando o aplicador do direito e o legislador a atuarem de forma balizada, subordinada.

Estado Social em razão de o Estado passar a ser provedor de segunda e terceira dimensão dos direitos fundamentais.

A Carta de 1988 elegeu proteger o cidadão, como o ponto máximo de tutela jurídica, o da dignidade da pessoa humana.

Basta avaliar e analisar a miúdo e analiticamente que a Constituição rege direitos legítimos dos mais heterogêneos possíveis, desde os dos trabalhadores, categorias funcionais, classes econômicas, muitas vezes com paternalismo, reservas de mercado, etc..

Não se pode distanciar que a *práxis* da dogmática jurídica de alicerces era até então o Código Civil de Beviláqua, razão e fundamento *a priori* da teoria geral do Direito, que de centro do sistema jurídico passou à sua margem para valer a Teoria da Constituição que ascendeu

científica e politicamente ⁴⁷, e efetiva e permanentemente presente na vida social e política, porquanto a moderna dogmática jurídica já não exterioriza na lei um sentido de perfeição, pois o protagonismo é da Constituição, com o definido papel de unificar o ordenamento jurídico no âmbito interceptativo de suas normas e de seus princípios. ⁴⁸

Registra-se que o Código Civil Brasileiro sofria com uma chamada descodificação, haja vista que inúmeras leis foram editadas (lei da locação, consumidor, criança e adolescente, idoso, filiação, etc.), enquanto o *Codex* vigorou, corrigido com a edição de um novo Código Civil em 2002.

Recentemente, o Código de Processo Civil também foi reescrito e seus vestibulares artigos consagram a radiação de direitos previstos na Constituição. ⁴⁹

A axiologia constitucional passou a ser a lente necessária para enxergar o direito infraconstitucional, necessitando ser reinterpretado frente aos seus institutos consagrados, aplicando-se a Constituição quando a pretensão se fundar em uma norma advinda da própria redação constitucional e se advinda de texto infraconstitucional, somente se compatível à Constituição e quando seus fins alcançam os objetivos e determinações constitucionais.

⁴⁷ THAMAY, Rennan Faria. **As crises do estado e da constituição**: para uma crise conceitual do modelo estatal. Disponível em: <<http://rennankrugerthamay.blogspot.com.br/2012/05/as-crises-do-estado-e-da-constituicao.html>>. Acesso em: 05 fev. 2017

⁴⁸ BLANK, Dionis Mauri Penning. A constitucionalização do direito e sua evolução na matéria ambiental. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**, v. 8, n. 1, 2013. Disponível em:

<<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/viewFile/35663/27544>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

⁴⁹ CPC – Lei 13.105/2015 - Art. 1o O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições desse Código.

Art. 2o O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

Art. 3o Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1o É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2o O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3o A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Art. 4o As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 5o Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 6o Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 7o É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Art. 8o Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Art. 9o Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

4. A JUDICIALIZAÇÃO

A Constitucionalização do direito trouxe ao convívio político e jurídico brasileiro a outra face da moeda, de tal sorte que o *status* constitucional de direitos que previstos ou não nas leis infraconstitucionais provocou o exercício desses direitos em demandas contenciosas, despertando a cidadania e a consciência de seus direitos.

Muitas questões de grande repercussão política ou social passaram a ser decididas pelo Poder Judiciário que, agora, munidos de Jurisdição Constitucional, podem (do juiz singular até o Pleno do Supremo Tribunal Federal) de forma difusa, concentrada e até incidentalmente, afastar aplicação de lei ou ato administrativo não alinhado à Constituição.

A Carta de 1988 trouxe inúmeros direitos, bem como novos remédios jurídicos para a defesa desses direitos, incluindo a ampliação de pessoas legitimadas a buscar judicialmente as tutelas, que sem dúvida trouxeram uma virtuosa ascensão institucional e política do Poder Judiciário, que até então era do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

A aplicação do direito constitucional ganha mais força no Supremo Tribunal Federal a partir da hegemonia de nomeação dos seus Ministros, agora indicados em sua totalidade pelo poder civil emancipado ao poder a partir de 1986 (José Sarney, primeiro presidente civil da República pós-golpe de 1964).

A constitucionalização do direito, a amplitude constitucional das atribuições e competências do Ministério Público, os sistemas de informação e comunicação, incluindo a internet, as redes sociais, a presença efetiva da Defensoria Pública, a crise de representatividade do parlamento e atuação acanhada do Poder Executivo, e o sistema de controle de constitucionalidade (sistema híbrido inspirado no europeu e americano⁵⁰) são os ingredientes que sustentam a judicialização de questões sociais e políticas.

A judicialização não é originária no Poder Judiciário, mas fruto da sua intensa provocação por parte da sociedade civil e de suas entidades organizadas ou representativas.

Nossa Corte Suprema juntamente com outros Tribunais enfrentaram e se pronunciaram em questões e temas de repercussão de grande quilate social e político, desde questões ou temas do dia a dia das pessoas (pode-se destacar o da legalidade da cobrança de assinaturas de telefones

⁵⁰ Adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto, caso a considere inconstitucional. O modelo europeu prevê o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal.

(ARE 847902 BA – Relator: Ministro Roberto Barroso), majoração do valor das passagens de transporte coletivo (RE 602489 PE – Relatora: Ministra Carmem Lúcia), assim como em relação entre os Poderes (determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (Rcl 11619 SP – Relator: Ministro Celso de Mello).

Destaca-se ainda a legitimidade da interrupção da gestação em certas hipóteses de inviabilidade fetal e das pesquisas científicas em células-troncos embrionárias; questões da Reforma da Previdência (contribuição dos inativos); da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça), do papel do Ministério Público na investigação criminal.

A Constituição deixa de estabelecer somente normas de organização para disciplinar as relações jurídicas, instituindo princípios e regras que se nos projetam diversos ramos do direito. Essa redefinição da posição da Constituição na ordem jurídica brasileira está ligada ao movimento mundial que, ao fortalecer a Lei Fundamental, coloca-a como centro do sistema jurídico pela normatividade de seus princípios.⁵¹

Verifica-se, portanto, que muito embora os membros do Poder Judiciário não estejam exercendo o Poder Político através de representatividade advinda do processo eleitoral, receberam por força do constitucionalismo do direito, competências para conhecer dos pedidos contidos nas lides e o dever legal e constitucional de decidir.

Nesse viés, todos os direitos previstos na Constituição possuem *a priori* a possibilidade de ser judicializado diante a omissão ou prestação incompleta por parte do Estado.

⁵¹ BLANK, Dionis Mauri Penning. A constitucionalização do direito e sua evolução na matéria ambiental. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**, v. 8, n. 1, 2013. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/viewFile/35663/27544>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

5. ATIVISMO JUDICIAL

Como considerações iniciais sobre o ativismo judicial, cumpre observar que esse possui relação umbilical com a judicialização do direito (advinda principalmente da constitucionalização do direito) que parte do modelo constitucional adotado.

O Poder Judiciário justifica seu ativismo alegando que suas decisões deveriam ser adotadas em razão do próprio mandamento constitucional, assim, se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, apreciar e julgar a pretensão.

Ocorre que a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, da forma como vem decidindo o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, sob o pretexto da ocorrência de retração do Poder Legislativo, e que há certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva, não pode prevalecer e ser entendida como integralmente válida, diante as expansões que trouxeram e trazem riscos sistêmicos à democracia (especialmente o da representatividade).

Como será tratado neste Capítulo, o Poder Judiciário faz aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; declara a inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição e a impõe condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (cerne deste trabalho).

Embora a ideia de democracia não se restrinja ao princípio majoritário, ou o governo de maioria, o constituinte de 1988 não assinou um “cheque em branco” para o Poder Judiciário disputar em pé de igualdade com os demais Poderes da República, que possuem respaldo em um processo eletivo.

O suposto *déficit* de legitimidade do Poder Legislativo e Executivo deve ser equacionado com uma ampla reforma política que afaste o argumento de que esses Poderes procuram preferências políticas divergentes aos princípios constitucionais.

Esse *déficit* traduz como se houvesse uma lacuna institucional que só pode ser preenchida com ações do Poder Judiciário como se fosse possível, sem atropelar princípios constitucionais sedimentados, com exemplo o da separação dos poderes.

Embora o constitucionalismo exacerbado, como o adotado no Brasil, propiciou o ativismo judicial que paira sobre o sistema jurídico de forma negativa, resultando em um esvaziamento do poder das maiorias (engessamento da legislação ordinária) e a possibilidade de amplo decisionismo judicial em que, em razão dos textos abertos e muitas vezes vagos da constituição, permite ao Poder Judiciário decidir em razão de suas acepções individuais e até subjetivas.

Essa discricionariedade judicial, que vem sendo usada de forma abusiva, haja vista que em nome da dignidade da pessoa humana, razoabilidade e solidariedade, passaram a ser bases jurídicas a serem perseguidas como princípios e de escolhas individuais dos juízes.

É impossível que a Constituição Federal seja concebida como um “ser” onipresente, ocupando todos os espaços jurídicos e, por esta e outras razões, o Poder Judiciário não pode sobrepor ao Poder Legislativo.

A regra tem preferência sobre princípios, desde que tenham igual hierarquia e não tenha sido possível solucionar a colisão entre eles pelos mecanismos tradicionais de interpretação. Duas observações dogmáticas: princípios têm área nuclear que se aplica como regra; regra, como padrão geral, não devem ser ponderadas. Quando o constituinte atua por meio de uma regra, que expressa um mandado definitivo e não uma ordem de otimização, faz uma escolha que deve ser respeitada pelo seu intérprete. A não realização dos efeitos de uma regra significa, de ordinário, sua violação. Ao prover acerca de um tema por meio de regra, o constituinte-legislador ou excepcionou deliberadamente um princípio ou optou por prestigiar a segurança jurídica em detrimento da flexibilidade, minimizando a intervenção do intérprete judicial.⁵²

A autocontenção judicial é uma alternativa de impedir o avanço ativista do Poder Judiciário, como sendo a conduta pela qual o Judiciário passará a ter redução de suas interferências nas ações dos outros Poderes, ou seja, os juízes e tribunais evitariam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário a passariam a utilizar critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos e abstando-se de interferir na definição das políticas públicas, retomando de certa forma, a prudente, acauteladora e necessária atuação do Judiciário no Brasil antes da novel Carta Constitucional, ou seja, antes da constitucionalização do direito.

Inexiste consenso doutrinário a respeito da origem do termo *ativismo*.

⁵² BAROSSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 432-433.

Depara-se com diversos elementos com destaque de um (elemento) *finalístico* em que o compromisso com a expansão dos direitos individuais é evidenciado e outro de natureza comportamental, assim, dá-se espaço à prevalência das visões pessoais de cada magistrado, quanto à compreensão de cada qual das normas constitucionais.

Percebe-se pela melhor doutrina que o termo é designado às cortes de viés político liberal, embora se encontre em cortes de tendência conservadora.

Dentre as inúmeras conceituações existentes destaca-se como sendo a prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade defensável emanados de outros poderes ⁵³, conceito que reside em sua potencialidade lesiva ao princípio da separação dos poderes.

Não se trata de vincular o termo ao controle de constitucionalidade, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outro poder.

O termo também guarda relação com a não observância dos precedentes judiciais, em especial nos sistemas de *cammon law*.

Insta observar que pode ainda ser qualificado de ato de *ativismo* o tribunal ou corte inferior que não respeita os precedentes emanados dos tribunais superiores, mas é muito mais evidenciado o *ativismo* quando a própria corte não observa seus precedentes.

Há ainda a característica do sentido nas decisões em que o julgador acaba legislando, haja vista que os magistrados não têm o papel de criar, mas o de revelar sentido implícito do texto normativo.

Importante observar que o ativismo rompeu fronteiras dos países de sistema *cammon law*, a exemplo dos estados norte-americanos, alcançando quase todos os países que tenham optado pelo constitucionalismo no modelo ocidental.

Vanice Regina Lírio Valle citando Ernani Rodrigues de Carvalho ⁵⁴ aponta seis condições para o surgimento e a consolidação da judicialização da política: um sistema político democrático; a separação dos poderes; o exercício dos direitos políticos; o uso dos tribunais pelos grupos de interesse; o uso dos tribunais pela oposição; e a inefetividade das instituições majoritárias.

A judicialização se enfatiza pós 2ª Guerra Mundial, momento em que se depara com a constitucionalização do direito, absorvendo para o texto constitucional temas sobre a legitimação

⁵³ VALLE, Vanice Regina Lírio. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Editora Juruá. 2009. p. 21.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 32.

dos direitos humanos e a tradição europeia (kelsiana) de controle concentrado de constitucionalidade das leis, os quais se encontram presentes no sistema político e jurídico brasileiros na atualidade.⁵⁵

A judicialização da política é um processo complexo composto por dois movimentos distintos: (i) refere-se a um processo de expansão dos poderes de legislar e executar leis do sistema judiciário, representando uma transferência do poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para os juízes e tribunais – isto é, uma politização do judiciário; (ii) a disseminação de métodos de tomada de decisão típicos do Poder Judiciário nos outros Poderes. Este segundo movimento é mais bem descrito como uma “tribunalização” da política, em oposição à judicialização representada pelo primeiro movimento.⁵⁶

Há de se evidenciar que inúmeros temas que não mereciam tratamento legislativo passaram ao bojo da Constituição Federal de 1988, permitindo a abertura de espaço para a judicialização e conseqüentemente do ativismo judicial.

Em decorrência das alterações introduzidas pela Emenda Constitucional 45/04 e pela própria mudança da composição do Supremo Tribunal Federal a partir de 2003, é possível perceber uma espécie de ativismo judicial, eminentemente formal e preocupado com a redefinição das competências do próprio STF, como um processo autônomo por parte de nossa jurisdição constitucional.⁵⁷

O interesse dos ministros na legitimação do próprio tribunal para a resolução – *ativista e criativa* – de problemas e questões controvertidas no futuro⁵⁸ pode ser vislumbrado, de modo claro, no voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 1.351/DF:

[...] é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais européias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade

⁵⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Editora Juruá. 2009. p. 33.

⁵⁶ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, n. 23, 2004. p. 117-120.

⁵⁷ VALLE, op. cit., p. 37.

⁵⁸ O posicionamento do Ministro Gilmar Mendes na ADI 1351 antecipa o ativismo judicial assumido pelo ministro em outros dois casos importantes: o direito de greve dos servidores públicos (MI 670 e 708) e a fidelidade partidária (MS 26.602, 26.603 e 26.604.)

por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.⁵⁹

Vanice Regina Lírio Valle citando William Marshall comenta que o mencionado doutrinador apresenta uma abordagem distinta da usual, pois em vez de trazer uma ou mais definições estanques, enumera um conjunto de indicadores de ativismo judicial recolhidos na literatura sobre o tema: a) o contra-majoritismo; b) o não-originalismo; c) a ausência de deferência perante os precedentes judiciais; d) o ativismo jurisdicional; e) a criatividade judicial; f) o ativismo remedial; e g) o ativismo partidário. O Ativismo partidário encontra seu paralelo na definição de ativismo como julgamento visando obter resultado preestabelecido; o contra-majoritarismo corresponde à declaração de inconstitucionalidade das leis de constitucionalidade defensável.⁶⁰

O indicador de maior relevância para o estudo do ativismo no sistema judicial brasileiro é o *ativismo jurisdicional*, que segundo o autor William Marshall é conceituado como a “recusa de os tribunais se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício de seus poderes”.⁶¹

O Supremo Tribunal Federal, mediante uma postura ativista, vem redefinindo os limites de sua própria competência jurisdicional, alcançando áreas e temas que talvez não se contivessem no traçado original da Constituição, alterando, assim, seu próprio peso no concerto político da relação entre os poderes.⁶²

Exemplo de aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário foi o da fidelidade partidária. O STF, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Criou, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente prevista no texto constitucional. Por igual, a extensão da vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, com a expedição de súmula vinculante, após o julgamento de um único caso, também assumiu uma conotação quase-normativa. O que a Corte fez foi, em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade,

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. n. 1351 DF. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 30 mar. 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14730359/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1351-df/inteiro-teor-103116517>> Acesso em: 30 out. 2016.

⁶⁰ MARSHALL, 2002 apud VALLE, 2009.

⁶¹ Vanice Regina Lírio. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Editora Juruá. 2009. p. 39

⁶² *Ibid.*, p. 40.

extrair uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa.

No trabalho contido no livro *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal* é exposto o caminho pelo qual nossa Corte Constitucional exara decisões expansionistas e com claro ativismo jurisprudencial⁶³ e, dentre elas temos a *Reclamação*.

A *Reclamação* é um instituto que evidencia a flexibilização de dogmas processuais em favor da real garantia da prestação da jurisdição, haja vista que o procedimento inexistia no âmbito dos Tribunais, incluindo o Supremo Tribunal Federal, e a sua atuação se deu por uma construção pretoriana.

Essa questão e discussão restaram superadas a partir de sua previsão no texto constitucional, embora já tivesse sido prevista no Regimento Interno da Corte.

Ocorre que a Corte Constitucional passa a delimitar o alcance do instituto da *Reclamação* também como controle abstrato da constitucionalidade das leis.

No acórdão proferido na ADI 2.212 (Relatora: Ministra Ellen Gracie), cuja matéria envolve Reclamação pela Constituição do Estado do Ceará, destinada a preservar a autoridade das discussões de seu próprio Tribunal de Justiça, afirmou que:

A história da sua construção e o status constitucional que lhe deu a Carta de 1988 são indicativos de que não se trata de singelo instituto processual, a ser utilizado no bojo de uma relação processual visando à prestação jurisdicional por parte do Estado, que irá, por seus órgãos judiciários, aplicar o direito ao caso concreto. Trata-se, sim, na dicção de José Frederico Marques, de “um desdobramento das atribuições jurisdicionais que são conferidas, constitucionalmente, àqueles Tribunais”.⁶⁴

Esse mesmo tema é retomado nas mesmas condições de fundamentação (premissa de que se cuide de instituto situado no terreno do direito de petição), no acórdão proferido na ADI 2.480 (j. 02.04.2007, DJ de 17.04.2007), e, a partir de então, cresce de forma exponencial o aforamento de Reclamações no Supremo Tribunal Federal.

Depara-se que alguns precedentes da Suprema Corte expande o cabimento da Reclamação. Na RCL 595/SE (Relator: Ministro Sidney Sanches, DJ 23.05.2003) em que se

⁶³ VALLE, Vanice Regina Lírio. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Editora Juruá. 2009.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade*. nº 2.2121-1 CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Brasília, DF, 14 nov. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375353>> Acesso em: 30 out. 2016.

discutia a violação da competência do STF, ao se impugnar decisão de Tribunal de Justiça do Sergipe, na ocasião entendeu à Corte Constitucional Ihe fosse possível não só proferir um provimento que desconstituísse a decisão judicial estadual que viola a sua competência, mas também pronunciar incidentalmente a inconstitucionalidade do preceito contido na Constituição do Estado de Sergipe, que usurpava a sua competência, ampliando assim os limites e possibilidades do instituto da Reclamação.

Em outros precedentes, depara-se com a transcendência dos motivos determinantes no controle abstrato.

A Reclamação 1.923/RG (Relator: Ministro Maurício Corrêa) invoca o precedente da ADI 1662 que tratou do sequestro de recursos do Poder Público para pagamento de precatórios originados em lides trabalhistas, cuja liminar foi concedida.

A mesma questão é retornada na Reclamação 2.126, cuja liminar é objeto de decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, tendo a ADI 1662 como o mesmo precedente para fundamentar o instituto.

Neste caso, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que embora os atos impugnados não guardem identidade com o tema central da decisão da corte nessa ADI, o alcance do efeito vinculante das decisões não pode estar limitado à sua parte dispositiva: deve-se considerar também os chamados fundamentos determinantes, sem os quais a vinculatividade pouca contribuição prestará à proteção mais abrangente da Carta de Outubro, ocasião em que a liminar foi deferida para suspender o sequestro e restituídos de imediato os recursos aos cofres públicos.⁶⁵

Em outra Reclamação (RCL 1.987/DF), de Relatoria do Ministro Maurício Corrêa, com base no mesmo precedente (ADI 1662), o STF afirma que a regra jurídica declarada inválida é a “exegese da norma jurídica aplicável segundo a dicção constitucional fixada pela corte, e não o texto normativo em sentido estrito” (citando a RCL 2.126 da decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes).

Assim, o decidido na Reclamação 1987/DF definiu o marco inicial da admissibilidade da *transcendência dos motivos determinantes da decisão* para provimento de reclamação, constituindo uma substantiva inovação no sistema, reiterada posteriormente nas RCL 2.986/SE

⁶⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Editora Juruá. 2009. p.48-49.

(Relator: Ministro Celso de Mello); 2.363/PA (Relator: Ministro Gilmar Mendes); e 4.250 (Relator: Ministro Cezar Peluso).⁶⁶

Na RCL 4.987/PE o Ministro Gilmar Mendes, assim se manifestou:

A tendência hodierna, portanto, é de que a reclamação assuma cada vez mais o papel de ação constitucional voltada à proteção da ordem constitucional como um todo. Os vários óbices à aceitação da reclamação em sede de controle concentrado já foram superados, estando agora o Supremo Tribunal Federal em condições de ampliar o uso desse importante e singular instrumento da jurisdição constitucional brasileira. Nessa perspectiva, parece bastante lógica a possibilidade de que, em sede de reclamação, o Tribunal analise a constitucionalidade de leis cujo teor é idêntico, ou mesmo semelhante, a outras leis que já foram objeto do controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Como explicado, não se está a falar, nessa hipótese, de aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão tomada no controle abstrato de constitucionalidade. Trata-se, isso sim, de um poder ínsito à própria competência do Tribunal de fiscalizar incidentalmente a constitucionalidade das leis e dos atos normativos. E esse poder é realçado quando a Corte se depara com leis de teor idêntico àquelas já submetidas ao seu crivo no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade. Assim, em relação à lei de teor idêntico àquela que já foi objeto do controle de constitucionalidade no STF, poder-se-á, por meio da reclamação, impugnar a sua aplicação ou rejeição por parte da Administração ou do Judiciário, requerendo-se a declaração incidental de sua inconstitucionalidade, ou de sua constitucionalidade, conforme o caso.⁶⁷

O Supremo, portanto, admite a possibilidade de fiscalização da constitucionalidade de leis provocada também por outros meios do que as figuras próprias da ADI, ADC, ADIO e ADFP, entendendo ser a Reclamação uma ferramenta mais universalizada.

Deve ser ainda evidenciado que o STF também reconhece que o instituto da Reclamação pode ser estendido a outros sujeitos não integrantes da demanda originária, dos efeitos da decisão havida em sede de controle concreto.⁶⁸

Isso ocorreu na RCL 4.335 (Relator: Ministro Gilmar Mendes), tendo como precedente o HC 82.959, em que se reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 (que trata dos crimes hediondos) que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena.

Muito embora a decisão no HC 82.959 tivesse efeito *inter partes*, a decisão na RCL 4.335 estendeu seus efeitos aos assistidos pela Defensoria Pública do Estado de Acre.

⁶⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Editora Juruá. 2009. p.48-49. p. 50.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar**. n 4987 PE. Tribunal de Justiça do Estado do Pernambuco, Brasília, DF, 13 mar. 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14777807/medida-cautelar-na-reclamacao-rcl-4987-pe-stf>> Acesso em: 30 out. 2016.

⁶⁸ VALLE, op. cit., p. 53.

Percebe-se também o ativismo jurisdicional no instituto do Mandado de Injunção (MI), tendo como marco definidor MI 107/QO, cuja estabilidade e entendimento foram rompidos nos MI 670 e 712 que tratavam sobre a ausência de norma reguladora do exercício do direito de greve para os servidores públicos.⁶⁹

O Supremo Tribunal Federal caminhava primeiramente no sentido que o Mandado de Injunção teria provimento meramente declaratório, determinando apenas a comunicação ao órgão omissor em providenciar a norma ausente e em um segundo momento a Corte entendeu que deveria fixar prazo para que o órgão efetuasse a deliberação legislativa.

Mas no mencionado MI 670, 708 e 712, veio alterar o entendimento preconizado até então e a partir da Lei 7.783/89 (Direito de Greve dos trabalhadores da iniciativa privada e definição das atividades essenciais), disciplinar o exercício do direito de greve por parte dos servidores públicos, até a edição do instrumento legislativo próprio.

Percebe-se que a Corte invocou poder legiferante prerrogativa atinente exclusivamente ao Poder Legislativo.

Neste sentido, cumpre observar que a Súmula Vinculante, também tem conotação legiferante, expediente antidemocrático e inconstitucional que afronta de forma direta o princípio da separação dos poderes.⁷⁰

Em outra oportunidade (no MI 721 da Relatoria do Ministro Marco Aurélio), a Corte Constitucional, buscando superar a inércia legislativa deferiu o direito à aposentadoria especial à servidora pública com base na Lei 8.213 (art. 57), modificando entendimento anteriormente consolidado em que a cláusula constitucional que alude à aposentadoria especial, geraria tão somente uma faculdade, em favor do legislador, de instituir ou não esse direito.⁷¹

No mencionado MI 721, o Ministro Ricardo Lewandowski observou o posicionamento de que o STF estava reconhecendo o caráter constitutivo ao provimento jurisdicional dando competência ao Judiciário elaborar a norma faltante para disciplinar a matéria pendente de regulamentação, e suprir, desse modo, a omissão do legislador.⁷²

⁶⁹ VALLE, Vanice Regina Lírio. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Editora Juruá. 2009. p. 55.

⁷⁰ GUTIERREZ SOBRINHO, Emílio; CASSEB, Henrique Morgado. **A inconstitucionalidade da súmula vinculante**. 4 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/inconstitucionalidade-da-s%C3%BAmula-vinculante>> Acesso em: 05 fev. 2017.

⁷¹ VALLE, Vanice Regina Lírio (org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Editora Juruá. 2009. p. 58.

⁷² *Ibid.*, p. 61.

O Ministro, neste sentido, destacou que o Supremo estaria aplicando um modelo de “separação de poderes mitigado”, não compartilhando com esse pensamento, haja vista que, dessa forma, estaria a se intrometer de forma indevida na competência do legislativo.

Em outro caminho identifica-se o ativismo jurisdicional expansionista nas decisões da Suprema Corte ao integrar em seus pronunciamentos a tese do *pensamento jurídico do possível*.

5.1. PENSAMENTO JURÍDICO DO POSSÍVEL

Essa categoria reflete a ideia de que a materialização das promessas constitucionais somente deve ocorrer na proporção em que é faticamente possível; ou em outras palavras, dentro da perspectiva da interpretação constitucional aberta cujo pressuposto e limite seja o pensamento jurídico do possível em uma sociedade pluralista na qual a interpretação da lei é o domínio próprio e particular dos tribunais.⁷³

A mencionada argumentação utilizada pelo Ministro Gilmar Mendes, deu-se no julgamento dos embargos infringentes na ADI 1.289-4/DF (DJ em 27.02.2004) e na Suspensão de Segurança 3.154-6/RS.

O tema apresenta-se mais bem explicitado nos Embargos Infringentes oferecidos na mencionada ADI 1.289-4/DF, em que o Ministro Gilmar Mendes, a partir das considerações lançadas anteriormente pelo Ministro Carlos Velloso no julgamento original da mesma ação direta, conclui pela imprescindibilidade da adoção, em sede de jurisdição constitucional, do chamado “pensamento jurídico do possível”, assim sistematizado⁷⁴:

O pensamento do possível tem uma dupla relação com a realidade. Uma é de caráter negativo: pensamento do possível indaga sobre o também possível, sobre alternativas em relação à realidade, sobre aquilo que ainda não é real. O pensamento do possível depende também da realidade em outro sentido: possível é apenas aquilo que pode ser real no futuro (*möglich ist nur was in Zukunft wirklich sein kann*⁷⁵). É a perspectiva da realidade (futura) que permite separar o impossível do possível.

⁷³ VALLE, Vanice Regina Lírio (org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Editora Juruá. 2009. p. 77.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 78.

⁷⁵ Possível é apenas o que pode realmente ser no futuro.

Outra situação em que o Ministro Gilmar Mendes utilizou o *pensamento jurídico do possível* foi na Suspensão de Segurança (SS) 3.154-6/RS requerida pelo governo do Rio Grande do Sul, para suspender decisão liminar que determinava o pagamento integral dos salários dos delegados de polícia do Estado até o último dia útil do mês. Questionou-se em sede de mandado de segurança, ato do governo gaúcho que determinara o pagamento a seus servidores dentro do mês a vencer – de acordo com a Constituição estadual – apenas até o limite de R\$ 2.500,00 e fixado calendário, no mês subsequente, para o restante da remuneração acima desse limite. A decisão cuja eficácia se buscava suspender afirmara a inconstitucionalidade da suspensão de pagamento dos servidores, por afronta no art. 35 da Constituição do Rio Grande do Sul, o qual fixa prazo para o pagamento da remuneração mensal: e os arts. 7º, VI e X, e 37, XV da Constituição Federal, que tratam de irredutibilidade de vencimentos.⁷⁶

Ao analisar o pedido de liminar em Suspensão de Segurança, o Ministro Gilmar Mendes reconheceu que o STF já declarara constitucional a norma do citado art. 35. No entanto, observou que, embora plenamente válido, é preciso interpretá-lo de acordo com a realidade fática, vez que “*é notório que a administração pública estadual não dispunha, naquele momento de recursos financeiros suficientes para o cumprimento de todo as suas obrigações*”.⁷⁷

Portanto, para o Ministro, a situação excepcional justificaria o descumprimento da norma constitucional por não vislumbrar “*afronta às garantias constitucionais em referência ao princípio da moralidade pública.*” Ressaltou que o governo gaúcho não estaria se recusando a pagar a remuneração integral dos servidores, “*apenas prorrogando parte desse pagamento até o dia 10 do mês seguinte por absoluta impossibilidade financeira*”.⁷⁸

A decisão do Supremo Tribunal Federal, neste caso, demonstrou que a excepcionalidade justificaria, então, uma secundarização das normas constitucionais que pudessem impedir a prática de medidas voltadas a contornar a crise, cuja tese pode ser resumida no seguinte trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes:⁷⁹

O ato do Chefe do Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul enquadra-se numa situação excepcional, em que as finanças públicas estaduais encontram-se em crise. As garantias constitucionais da irredutibilidade e do pagamento da remuneração dos

⁷⁶ VALLE, Vanice Regina Lírío (org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Editora Juruá. 2009. p 79.

⁷⁷ Ibid., p. 79.

⁷⁸ Ibid., p. 79.

⁷⁹ Ibid., p 81.

servidores públicos devem ser interpretadas, nesse contexto extraordinário, conforme o 'pensamento do possível'.

É perceptível a notória confusão da *reserva do possível*, vista a eximir o governo estadual do cumprimento de obrigações decorrentes de direitos firmados no texto constitucional.

5.2. TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES (JUDICIAL REVIEW)

A intervenção ativista e criativa do Poder Judiciário não estaria extrapolando seus limites e com isso atropelando o princípio constitucional da tripartição dos poderes?

Pelas decisões expostas no Capítulo anterior é de certa forma elementar que a resposta seja afirmativa.

Como pode ser apreciada essa questão sob a novel Carta Republicana ?

A compreensão adequada do novo papel político atribuído ao Poder Judiciário, a partir da reconfiguração da teoria da separação dos poderes nas democracias contemporâneas, evidenciou-se no período pós 2ª. Guerra Mundial, quando o Estado Liberal sofreu notório arrefecimento com o surgimento do Estado Social.

Neste movimento aprimora-se o constitucionalismo do direito e a positivação nas constituições modernas dos direitos fundamentais de segunda dimensão.

No Brasil, em sua redemocratização marcada pela Carta de Outubro, inicia-se a ocorrência do fenômeno da judicialização da política.

Somente após a redemocratização, foi possível inaugurar o constitucionalismo no país e perceber a eclosão da judicialização da política e das relações sociais.⁸⁰

A promulgação da CRFB de 1988 trouxe uma constitucionalização abrangente, que viabilizou a regulamentação de matérias até então deixadas a cargo das instâncias majoritárias de decisão. Isso fez com que cidadãos provocassem a jurisdição para tutela de seus direitos e garantias fundamentais. Essa crescente mobilização política e social para implementar direitos e garantias fundamentais instigou o Poder Judiciário a dar uma resposta concreta aos cidadãos através da criação jurisprudencial do direito.⁸¹

⁸⁰ SOUZA, Isabella Saldanha de. **Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2015. p. 50

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, v. 13, p. 71-91, 2009.

A previsão constitucional da ação de inconstitucionalidade por omissão, a ampliação do rol de legitimados para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade por ação ou omissão, da ação declaratória de constitucionalidade, e da ação de descumprimento de preceito fundamental – entre outras medidas – ampliaram o controle de constitucionalidade no país. E, conseqüentemente, incrementaram o fenômeno da judicialização da política.⁸²

Percebe-se que a partir da Carta de Outubro, o Poder Judiciário passou a participar substancialmente da arena política, alargando com isso o número de interpretes da Constituição da República e assim posiciona-se em matérias em que os demais Poderes se omitem.

A teoria do constitucionalismo dirigente concebida por Canotilho⁸³ teve uma contribuição expressiva para o incremento do ativismo judicial no Brasil.

No contexto brasileiro, com o avanço constitucional pós-1988, pode-se dizer que o juiz deixou de se limitar a meramente aplicar a lei já existente, passando até agir em substituição do legislador. Assim, tanto os juízes quanto os tribunais desempenham uma atividade mais criativa, o que ocasiona críticas sobre a possibilidade desses, muitas vezes, utilizarem-se menos da técnica e mais da política.⁸⁴

A renovação em 2003 de grande parte dos membros do STF e a promulgação da EC 45/2004 sedimentaram a teoria do constitucionalismo, colocando em risco o aperfeiçoamento do processo democrático.

Além disso, o Ministério Público, apesar de estar vinculado ao Poder Executivo, também assumiu uma postura de atuação mais incisiva, contribuindo para o endosso da judicialização da política, já que passou a ser “*o ombudsman* dos cidadãos brasileiros na tutela dos direitos e garantias fundamentais, tornando mais factível o acesso à justiça”.⁸⁵

Dessa forma, depara-se com um cenário em que o Poder Judiciário atue como um agente transformador da sociedade, fazendo com que a jurisdição constitucional ganhasse relevância no exercício do controle de constitucionalidade dos atos legislativos, na medida em que a normatividade jurídica (regras e princípios) busca fundamento na supremacia da Constituição.⁸⁶

⁸² SOUZA, Isabella Saldanha de. **Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2015. p. 50.

⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. Disponível em:

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Rbw8lkZekboJ:www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>
Acesso em: 02 nov. 2016.

⁸⁵ SOUZA, Isabella Saldanha de. **Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2015. p. 50.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 56.

A adoção do sistema híbrido de controle de constitucionalidade permitiu uma ampla atuação da Jurisdição Constitucional e, dessa forma, contribuiu para o incremento do processo de judicialização da política e acarretou um verdadeiro rearranjo na dinâmica interativa entre o Poder Judiciário e os Poderes Executivos e Legislativo, ocorrendo a reconfiguração da teoria da separação de poderes, o que para alguns poucos defensores, não pode ser considerada deletéria para a democracia.

Cumprе evidenciar que essa situação traduz um prejuízo ao processo de aperfeiçoamento da democracia, pois a ruptura do equilíbrio entre os poderes, quando o Poder Judiciário é demandado pela sociedade civil para suprir funções típicas de outros poderes, gera um completo esvaziamento funcional desses poderes e conseqüentemente a retirada da soberania nacional que lhes é atribuída constitucionalmente na representação do poder estatal.

O cenário e a situação da judicialização da política corrompem de forma incontroversa com a teoria da separação dos poderes sistematizada por Montesquieu em 1748⁸⁷, razão pela qual a máxima de que o Poder Judiciário deve exclusivamente aplicar o direito ao caso concreto, vai aos poucos sendo inobservada e tornando-se distante.

O ativismo judicial acaba impondo limites ao Poder Legislativo, também destruindo de forma sistemática e cada vez mais enfática, a ideia institucional democrática de que os poderes devem conviver na harmonia e in(ter)dependência.

A ideia de que os Poderes atuam como contrapesos e freios uns aos outros, também vai se distanciando quando se depara com o ativismo dos tribunais sem que se haja um contrapeso ou freio por parte dos demais poderes da República.

Não se pode acolher o argumento de que inexistе risco de violação ao princípio da separação dos poderes, sob o fundamento de que o Poder Judiciário exerce apenas e tão somente uma atividade interpretativa, cooperativa, em relação aos demais poderes, sob o prisma de garantir a supremacia da Constituição, haja vista que, as decisões da Suprema Corte não traduzem ou não afirmam tal fundamentação.

O que se tem é de fato é uma clara competição do Poder Judiciário com os demais poderes, tendo em vista suas decisões criativas.

⁸⁷ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. **O espírito das leis**. 2 ed. Brasília: UnB, 1995.

Obviamente carece ao Poder Judiciário da representatividade que os demais Poderes possuem, sendo que essa assunção pode representar não a resolução das crises dos Poderes Legislativo e Executivo, mas a sua própria potencialização (da crise).

Essa assertiva justifica-se no momento em que o Poder Judiciário, ao verificar a omissão do Legislativo, ao invés de determinar as providências cabíveis, passa a suprir a omissão, legislando no caso concreto, como se verifica em inúmeros Acórdãos da Corte Suprema nos mandados de injunção, extrapolando o *inter partes* para um resultado *erga omnes*.

Com relação ao controle de constitucionalidade das leis, a jurisdição constitucional lançou mãos de uma hermenêutica constitucional voltada para extrair a máxima eficácia do texto constitucional, a partir da utilização de princípios até mesmo em detrimento das regras, como técnica de preenchimento de lacunas normativas e de interpretação das normas constitucionais abertas, passando a ter a prerrogativa de legislar no caso concreto. Diante dessas ponderações, questiona-se sobre quais seriam os limites para a atuação da Jurisdição Constitucional diante de sua função interpretativa/criativa, já que ela poderia encobrir uma forma oblíqua de atuação dos juízes como legisladores positivos e subverter um dos princípios basilares da democracia, a separação dos poderes.⁸⁸

É evidente que o Poder Judiciário, ao exercer o ativismo judicial, exerce uma atividade concorrente em relação aos demais poderes, assumindo feição de verdadeiro poder constituinte.

Isabella Saldanha de Souza citando Habermas frisa que o Tribunal Constitucional não “pode assumir ele próprio a função de legislador político”, pois lhe cabe apenas “resguardar os procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade política de tipo inclusivo”. Para que esse obtenha legitimidade, exige-se, inclusive, que as normas jurídicas tenham sido objetos de prévia deliberação pública pelo devido processo legislativo que “se apóia no princípio da soberania do povo.”⁸⁹

A autora Isabella Saldanha de Souza, citando também o escólio de Bonavides, indica que “embora seja reconhecida ao Poder Judiciário uma “preeminência político-normativa ela não pode gerar o desequilíbrio e a ausência de paridade entre os poderes, que apenas em seu conjunto e não separadamente, devem enfeixar a titularidade da soberania.”⁹⁰

⁸⁸ SOUZA, Isabella Saldanha de. **Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2015. p. 60.

⁸⁹ Ibid., p. 63.

⁹⁰ Ibid.

No dizer de Cíntia Garabini Lages, citada pela mencionada autora, “a prática ativista que vem sendo implementada pela jurisdição constitucional brasileira fez com que o Poder Judiciário arrogasse o papel de representante argumentativo do povo em face do congresso, subvertendo o princípio da separação dos poderes uma vez que utiliza do discurso da justificação no discurso jurisdicional”.⁹¹

A prevalência do Poder Judiciário em detrimento aos demais Poderes afeta o princípio da separação dos poderes e traduz em grave risco à normalidade da vida democrática enquanto processo de aperfeiçoamento.

O constitucionalismo trouxe com ele tensão exacerbada com a própria democracia, a qual deve ser conciliada com a imposição de limites para que o primeiro não tenda a prevalecer em face da segunda.

Ainda na obra de Isabella Saldanha de Souza, citando Gisele Cittadino, observa que o “Estado Democrático (e Social) brasileiro optou por uma Constituição como um projeto social, integrado por um conjunto de valores compartilhados”. Daí, continua a autora, a ideia de Constituição-dirigente, que evidencia claramente a adoção do modelo de constitucionalismo comunitarista aliado à utilização de teorias da interpretação do texto constitucional como força normativa da Constituição, fez com que todo esse aparato teórico fosse responsável pela implementação de uma prática intervencionista dos tribunais constitucionais, que vai além da judicialização da política.⁹²

A judicialização não é o cerne principal da questão, pois fruto do constitucionalismo do direito, mas o reflexo dessa judicialização a partir da ocorrência do ativismo.

Permite a prática de um ativismo judicial de caráter nefasto, caracterizado pela sindicabilidade das omissões legislativas, a partir de um discurso voltado para a realização de direitos e garantias fundamentais, com ênfase para os direitos sociais prestacionais, a fim de realizar justiça e reduzir as mazelas socioeconômicas que afligem a sociedade brasileira.⁹³

Há uma idealização excessiva da capacidade institucional do Judiciário em comparação a uma visão de desconfiança da capacidade institucional do Legislativo. Uma das objeções à adoção da teoria dowrkiniana (Juiz Hércules), está exatamente na idealização excessiva do Judiciário, ao se conferir aos julgadores a licença para atuar como verdadeiros legisladores

⁹¹ SOUZA, Isabella Saldanha de. **Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2015

⁹² *Ibid.*, p. 124.

⁹³ *Ibid.*, p. 124.

morais. Isso impede a formação de uma cidadania ativa, já que eles tomam o lugar dos cidadãos na prática de autorregulação de seus direitos e deveres no processo democrático de formação da opinião e da vontade. Essa teoria foi concebida para as instituições norte-americanas, cujo regime democrático há muito foi consolidado, o que alhures garante uma confiança antropológica nas tradições e práticas constitucionais.⁹⁴

O debate político, que é legítimo e exclusivo na arena parlamentar, passa pelo esvaziamento ora contumaz, pela desarmonia institucional dos poderes instaurada pelo Poder Judiciário, preterindo a vontade popular como própria da autodeterminação da sociedade brasileira.

As questões decididas pelo Poder Judiciário carecem de participação popular que possam legitimá-las, mesmo porque parte de instituições contramajoritárias.

Apesar de terem sido introduzidos novos mecanismos de participação processual, tais como o *amicus curiae* e as audiências públicas, visando conferir legitimação democrática ao exercício da função judicante pelo incremento da participação dos prováveis intérpretes da Constituição, eles jamais poderão atingir o mesmo nível de permeabilidade das decisões tomadas pelo Poder Legislativo, e como para a democracia é imprescindível assegurar o direito de participação em igualdade de condições nas decisões públicas, a prática do ativismo judicial não pode promover tal desiderato de forma plena.⁹⁵

A mudança de foco da discussão pública do Legislativo para o Judiciário promove uma verdadeira extirpação da principal etapa do ciclo democrático: a de viabilizar o debate público das questões que compõem a agenda política, para que os diversos grupos sociais apresentem as soluções que reputeem mais adequadas. O resultado dessa prática é que o debate político se dá, de forma exclusiva e irrecurível, dentro do Supremo Tribunal Federal e não no Congresso Nacional.⁹⁶

Um dos obstáculos do Poder Judiciário em adjudicar e exercer o controle de constitucionalidade sobre os atos legislativos está na imprevisibilidade de suas decisões, em especial a repercussão de suas decisões sobre casos futuros idênticos ou casos difíceis, capazes de ensejar uma nova discussão sobre um determinado entendimento jurisprudencial já existente.⁹⁷

⁹⁴ SOUZA, Isabella Saldanha de. **Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2015. p. 125.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 132.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 133.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 135

A sofisticação dos métodos hermenêuticos para a interpretação da constituição não minimiza as restrições da Corte quanto à sua estrutura de material humano e material, recursos esses indispensáveis frente às decisões que serão tomadas e impactarão a vida dos jurisdicionados, razão pela qual podem trazer resultados equivocados.

São constantes as decisões que não observam e sequer levam em consideração o sistema econômico e a observação das restrições orçamentárias quando da concessão de direitos sociais, situação essa que não ocorre no Poder Legislativo, cuja norma em elaboração tramita pelas comissões temáticas formadas por técnicos especializados e parlamentares com o poder de representação majoritária.

Não se pode distanciar do fato de que as decisões do Supremo Tribunal Federal servem de precedente a outras decisões, sem contar as que possuem efeitos vinculantes.

É cediço que os Tribunais Superiores possuem estoque de lides a serem apreciadas e julgadas que trazem temas de alta complexidade axiológica, filosófica, econômica, política, e que exigem a apresentação de todos os afetados, para que possam ter a oportunidade de apresentarem seus argumentos e contra-argumentos, pretensão extirpada, haja vista que tais discussões são restritas às partes do processo.

Aqui deve registrar a máxima *bobbiana* de que o regime democrático caracteriza-se por ser o governo do público em público.⁹⁸

A doutrina passa a levantar, de forma claramente equivocada, que a ocorrência do ativismo judicial é positiva no sentido de provocar a reação posterior do Legislativo, mesmo que de forma silente às decisões do Poder Judiciário, em especial em sede do controle de constitucionalidade.

Seria, portanto, uma forma de diálogo, ainda que formal como caminho de aperfeiçoamento no sistema brasileiro de jurisdição constitucional, diante do perfil dos Tribunais Superiores e especialmente a do Supremo Tribunal Federal e a par desse diálogo emergiria um sistema de interpretação conjunta do texto constitucional.

Ocorre que o ativismo judicial brasileiro visa caminhar para syndicar as omissões dos demais poderes, com o objetivo precípua de não concretizar direitos, mas alargar a sua competência institucional.

⁹⁸ BOBBIO, apud MORAIS; BRUM, 2016.

Neste contexto, em qualquer iniciativa do Poder Legislativo em promover ato legislativo de contenção do Poder Judiciário, corre-se o risco desse último decidir pela inconstitucionalidade da mencionada tentativa.

Percebe-se, portanto, no modelo brasileiro, um Estado de patologia institucional em que se observa a predominância da inércia legislativa e a prática do ativismo judicial como regra, reduzindo ou anulando qualquer possibilidade de um diálogo institucional, mesmo porque os Tribunais não se sentem constrangidos por qualquer reação do por parte do Poder Legislativo em reverter suas decisões, ocorre dupla omissão, a de permitir a lacuna legislativa e a de não reagir ao excesso do ativismo do Judiciário.

O diálogo que se poderia esperar resulta na verdade em um verdadeiro monólogo em que o Poder Judiciário expressa e decide de acordo com seu convencimento e o Poder Legislativo, de forma submissa, acata; o que não traduz em ganho ou evolução ao constitucionalismo, mas o enfraquecimento ao processo democrático.

Mas a ideia do diálogo institucional entre o Poder Judiciário e Legislativo não encontra terreno fértil em razão da predominância assimétrica da supremacia judicial (supervalorização da função judicante).

Há uma leitura substantiva da Constituição, que reforça o ativismo judicial e confere ao Supremo Tribunal Federal a prerrogativa da última palavra em relação à definição do sentido e alcance do texto constitucional ⁹⁹, reduzindo ou anulando a possibilidade da teoria dialógica capaz de viabilizar uma cooperação institucional.

Cumprir evidenciar a possibilidade de se aplicar, no caso brasileiro, a teoria da autorrestrição judicial defendida por Cass Sunstein. ¹⁰⁰, que permitiria um diálogo entre os Poderes Legislativo e Judiciário, com base em um modelo decisional de autocontenção judicial, pautado pela ideia da democracia deliberativa, que incentiva a formação de uma cidadania ativa que permitiria resgatar a dignidade do Legislativo.

A teoria apresenta uma proposta minimalista, representando uma ruptura com modelos ativistas de decisões judiciais.

Uma decisão minimalista deve primar pela superficialidade e pela restrição, ao permitir um pronunciamento judicial estritamente vinculado à questão sob apreciação, com o fito de impedir que “a Corte realize uma tentativa de estabelecer regras para aplicação em outros casos,

⁹⁹ BOBBIO, apud MORAIS; BRUM, 2016. p. 149.

¹⁰⁰ SUNSTEIN, apud SOUZA, 2015, p. 105-111.

colocando-se um ponto final, inclusive, sobre a constitucionalidade ou não de uma determinada lei. Essa é a vertente de cunho procedimental do minimalismo, voltada o direcionamento interpretativo estrito das decisões – oposta à vertente de cunho substancial, relacionada à promoção de um núcleo de compromissos, incompleto e abstrato, cuja definição depende do momento histórico em que uma determinada sociedade se encontra”.¹⁰¹

Mesmo que de forma minoritária e pontual, alguns ministros do Supremo Tribunal Federal têm aderido à mencionada teoria minimalista de Sunstein.

Neste sentido, vale destacar da decisão monocrática da medida cautelar na ADIN n 3.300/DF, da relatoria do Ministro Celso de Mello, o seguinte trecho:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de não admitir, em sede de fiscalização normativa abstrata, o exame de constitucionalidade de uma norma constitucional originária, como o é aquela inscrita no § 3º do art. 226 da Constituição:

“A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida.”

- Na atual Carta Magna, 'compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição' (artigo 102, 'caput'), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição.¹⁰²

No mesmo sentido o Ministro Eros Roberto Grau, no julgamento do MS 26.602/DF que tratou do caso da fidelidade partidária, destaca-se o seguinte trecho:

7. Não me parece correta a afirmação de que esta Corte irá definir, neste julgamento, se os mandatos de que se cuida pertencem ao partido político ou ao deputado. Nem estaremos a tomar decisão a respeito do que cabe ou excede o conteúdo da fidelidade partidária. Aqui, hoje, definiremos somente se o impetrante há direito à declaração de vacância dos cargos dos deputados federais eleitos pelo PPS, que o deixaram, e à convocação dos suplentes para que tomem posse. Nada mais decidiremos, apenas isso, sem avançar qualquer passo no sentido de enunciar ou anunciar reforma política alguma, matéria da competência do Poder Constituinte derivado. Sem exorbitar de nossa função. Sem emitir qualquer juízo quanto ao que a cada um de nós possa parecer politicamente mais conveniente.¹⁰³

¹⁰¹ SUNSTEIN, apud SOUZA, 2015, p. 107.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. nº. 3300 SP, **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 13 set. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3300&processo=3300>> . Acesso em: 05 nov. 2016.

¹⁰³ GRAU. Eros Roberto. MS 26.602 - Fidelidade partidária. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 1, 2007/2008. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/109/81>> Acesso em: 30 out. 2016.

A divergência ou a tensão entre constitucionalismo e democracia sempre esteve presente no debate da teoria constitucional contemporânea, haja vista que a democracia dá extrema relevância ao princípio majoritário, tendo como pano de fundo a teoria da separação dos poderes, enquanto que o constitucionalismo encaminha para a supremacia da Constituição na tutela de direitos individuais das minorias, cujos interesses não podem ser preteridos pela vontade de eventuais maiorias.

Essa tensão poderá ser minimizada ou resolvida com o fortalecimento do Poder Legislativo, através de uma reforma política que não é papel ou função dos juízes e regra de contenção do Poder Judiciário.

6. CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O Estado Social possui encargos de prestações sociais de terceira e quarta dimensão e esse Estado estaria, ou precisamente está passando por três crises: Fiscal, Ideológica e filosófica.

A Fiscal ou fiscal-financeira parece ter seu início na década de 1960, quando os primeiros sinais de que receitas e despesas estavam em descompasso, essas superando àquelas, esses problemas são percebidos e intensificados a partir de 1970, oportunidade em que o desequilíbrio econômico aprofunda-se pelo choque provocado entre o aumento das demandas em face do Estado e a crise econômica mundial (crise da matriz energética de base petroquímica).

Esse modelo estatal convive hoje com uma espécie de círculo vicioso: crise econômica, debilidade pública e necessidades sociais. Políticas públicas forjadas para dar conta de problemáticas cíclicas específicas transformaram-se em políticas permanentes, ensejando prestações estatais duradouras e, portanto, intensificando a defasagem entre poupança e gastos públicos, peculiar ao projeto keynesiano. E como tal vem maximizado, exemplificadamente, pela crise *subprime* americana, globalizada em 2008.¹⁰⁴

A Constituição Federal de 1988 instaurou e sedimentou esse novo Modelo de Estado, o Estado Social e este tem limites, pois não está desvinculado de sua base econômica capitalista, e há disputas entre necessidades sociais e crescentes e recursos financeiros limitados.

O cenário dessa disputa evidencia-se e se potencializa diante da modelagem estatal voltada à política de inclusão em um ambiente economicamente excludente, como por exemplo: Política de pleno emprego para a política diuturna de equilíbrio de contas e do controle da inflação, prestações assistenciais contínuas e permanentes.

Pode-se ainda exemplificar que ao se verificar as políticas monetárias que são adotadas de acordo com a situação da crise econômica, ou seja, adota-se Política Monetária Expansionista (crédito farto) para desenvolvimento (hipotético e com resultados inflacionários) e posteriormente com a Política Monetária Restritiva, como ferramenta de controle inflacionário pela disponibilidade da base monetária no meio circulante. Clara oscilação de objetivos estatais para lidar com suas crises econômicas.

É cediço de que as Políticas Públicas e Estado Social possuem uma ligação umbilical e esse possui claros e incontestáveis limites, enquanto formulador e executor de políticas públicas, seja

¹⁰⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de.; BRUM, Guilherme Valle. **Políticas públicas e jurisdição constitucional entre direitos deveres e desejos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p 16.

quanto ao seu próprio desenho institucional, seja em consequência das circunstâncias que envolvam o Estado contemporaneamente.

E é nesse vórtice vulcânico conjuntural, em que se têm os seguintes ingredientes: (i) imperatividade da observância às prestações sociais constitucionalmente impostas; (ii) limitação do modelo econômico capitalista (que não tem como fundamento a inclusão social - cerne das políticas públicas) e (iii) o populismo de governos (tanto de esquerda como de direita) que o Poder Judiciário distante do entendimento dessa situação conjuntural passa a lidar com as complexas demandas sobre o assunto (judicialização das políticas públicas) que servirá apenas para o aumento da piora dos resultados que se vislumbra em um horizonte próximo.

O jornal *O Estado de São Paulo*, em sua edição de 10/09/2016 (Caderno Economia –Página B7), com o título *Subsídios Agrícolas provocam rombo*, demonstra que desde janeiro de 2015 o Tesouro já gastou R\$ 14 Bilhões para cobrir déficit com subsídios, além de abrir mão de arrecadação de R\$ 28 Bilhões referentes à desoneração tributária de produtos processados e consumidos no mercado interno e para exportação.

Em outra matéria do mesmo edifício (*Uma Reforma para Garantir o Futuro – Caderno Política – Página A-12*), de 16/10/2016, indica que o rombo no Regime Geral de Previdência Social (RGPS), o sistema que atende os trabalhadores do setor privado e os celetistas do setor público, deverá alcançar em 2016 a quantia de R\$ 146 Bilhões que adicionado ao Regime Próprio de Previdência Social (RPPS, que atende os funcionários dos Três Poderes (R\$ 80 Bilhões), totalizará em R\$ 230 Bilhões ou 10% do PIB.

Inexiste legitimidade da postura de alguns setores do Judiciário de concretizar desejos egoístas travestidos hermeneuticamente de direitos constitucionais, pois acabam dilatando artificialmente a constituição, potencializando a tendência ativista, que é no mínimo perigosa sob o aspecto político e social.

A cadeia de precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre controle de políticas públicas apresenta um preocupante déficit de legitimidade.

O Poder Executivo e Poder Legislativo, via políticas públicas, têm a tarefa primordial de aproximar o *dever ser* ao *ser* da realidade fática, em termos de direitos sociais.

Com relação à crise ideológica, essa direciona o olhar ao exame da legitimidade do Estado Social para dar conta dos desafios que se lhe colocam e, portanto, pode ser caracterizada como um questionamento sobre a forma de organização e de gestão do Estado, tendo como pano de

fundo um embate entre a democratização do acesso ao espaço público da política (que amplia e complexifica as demandas por prestações públicas) e a burocratização das fórmulas de atendimento a essas pretensões sociais.¹⁰⁵

E a crise filosófica pela qual estaria passando o *Welfare State*, refere-se a uma desagregação de sua base, fundamentada no princípio da solidariedade. A base antropológica desse modelo estatal deveria estar composta por agentes dotados de uma compensação coletiva, partilhada, compromissada de ser-estar no mundo. Porém, o que se constata é a transformação do indivíduo liberal em cliente da administração, apropriando privadamente a poupança pública ou adotando estratégias assistencialistas de distribuição das pessoas estatais e dos serviços público.¹⁰⁶

A globalização econômica e os impactos dos desequilíbrios econômicos e financeiros das nações levam à necessidade de avaliar a integridade da Soberania nacional, qual seja, há incidentes econômicos alienígenas cujas consequências e impactos ocorrem especialmente nos países emergentes sem que esses Estados possam impedir, portanto, há clara demonstração de uma ímpeta fragilidade da concepção tradicional de Soberania.

Avelãs Nunes critica o enfraquecimento do *Welfare State* e a assunção em diversas áreas de atuação social de novas roupagens estatais (que ele chama de “máscaras do Estado capitalista”). A última delas cognominada de ‘Estado-garantidor’, nascida no seio da socialdemocracia europeia, ocorre quando o Estado, pressionado por sua suposta ineficiência, assume a feição de mero “incentivador do mercado” ou “orientador de comportamentos”, que ao invés de garantir a prestação de serviços públicos essenciais à luz dos padrões civilizados da nossa época, mas ao mesmo tempo entrega às empresas privadas que atuam segundo os padrões do mercado.¹⁰⁷

Nesse passo, Grau, enfatiza que: “[...] embora o capitalismo reclame a estatização da economia, o faz tendo em vista a sua própria integração e renovação (modernização). Essa estatização jamais configurou qualquer passo no sentido de socialização/coletivação; pelo contrário, o Estado, no exercício de função de acumulação, sempre se voltou à promoção da renovação do capitalismo”.¹⁰⁸

¹⁰⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de.; BRUM, Guilherme Valle. **Políticas públicas e jurisdição constitucional entre direitos deveres e desejos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 16

¹⁰⁶ Ibid., p. 17.

¹⁰⁷ MORAIS, José Luiz Bolzan. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011. Edição Kindle.

¹⁰⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 27

Além dos déficits estruturais, hoje o Estado Social, sofre o influxo de mudanças superestruturais, do próprio capitalismo (de produção ao financeiro, de localizado para globalizado), impondo uma transição do seu centro de atenções.

O Estado hoje precisa se confrontar com as condições e possibilidades para a produção de suas escolhas em um ambiente no mínimo, em transição.

O Poder legislativo e Executivo, legitimados que são democraticamente pelo voto, revela-se como arenas deliberativas principais para delas cuidar (art. 1º. § único da CF). Aquele, no momento da formulação legal e política, desenvolvendo a eficácia das normas constitucionais de cunho social, e esse na implementação material das prestações decorrentes da legislação positivada, em especial por meio de políticas públicas implementadoras das pautas legislativas.¹⁰⁹

O Poder Judiciário participa desse jogo de tensões e interesses. Mas o faz subsidiariamente, apenas quando provocado. Por isso, parece-nos que a questão fundamental, nessa ambiência, é saber, neste quadro de crise do Estado Social, que tipo de legitimidade detém os juízes quando chamados a intervir sobre políticas públicas, tendo em vista que não são agentes públicos eleitos, mas ainda assim exercem a parcela da soberania.

Que tipo de legitimidade dos juízes permanece?

Hans Kelsen (filósofo influente do século XX), estudioso da democracia, defende que ela é simplesmente uma das técnicas possíveis de produção das normas de ordenação. Uma técnica que depurada de considerações ideológicas (como soberania e representação), consiste em produzir normas jurídicas por meio de um corpo eletivo (parlamento), com base mais ampla possível (sufrágio universal) e com método eleitoral proporcional (ainda que sem pretensões de representação), exigindo, como regra geral, maioria simples dos votantes para a entrega do produto.¹¹⁰

Kelsen põe em evidência a fragilidade da noção de soberania popular e por via de consequência da de “povo” colocando-a em xeque.¹¹¹

Para ele, a única unidade de indivíduos com base na qual pode construir a ideia de povo é a normativa, determinada pela submissão das pessoas a uma mesma ordem jurídica estatal.

¹⁰⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de.; BRUM, Guilherme Valle. **Políticas públicas e jurisdição constitucional entre direitos deveres e desejos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 21.

¹¹⁰ Ibid., p. 24.

¹¹¹ KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução Ivone Castilho Benedettu; Jefferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla; Vera Barbow. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 35.

O povo, como um conjunto de indivíduos, é uma irrealidade no plano sociológico e uma ficção no plano ideológico (com funções bem precisas).

O ceticismo kelsiano acerca da noção de povo deriva, em boa medida, de sua ideia de que a essência da democracia só pode ser compreendida se considerada a antítese entre “realidade” e “ideologia”. Muitos dos mal-entendidos na discussão do problema têm origem no fato de haver quem fale só das ideias e quem fale só da realidade do fenômeno, enquanto seria preciso confrontar esses dois elementos, considerando a realidade à luz da ideologia que a domina e a ideologia do ponto de vista da realidade que a sustenta.¹¹²

No plano das ideias, a democracia seria uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral é realizada por quem está submetido a essa ordem, ou seja, pelo povo. Democracia, nesse sentido ideológico, significa “identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto de poder, governo do povo sobre o povo.”¹¹³

Kelsen deriva da ficção do povo outra ficção essencial à teoria democrática, ou seja, a da ficção da representação.¹¹⁴

Segundo Kelsen, quanto maior a coletividade estatal, tanto menos, o povo parece ter condições de exercer a atividade criadora da formação da vontade do Estado. Recorre-se, portanto, à ficção da representação, a ideia de que o parlamento é apenas um representante de povo, embora no princípio parlamentar, em todas as constituições, vigore exclusivamente a regra de que os deputados não podem receber instruções obrigatórias dos próprios eleitores, o que torna o parlamento, no exercício de suas funções, juridicamente independente do povo, gênese do parlamento moderno.

A evolução do Estado Liberal (ações negativas) para o Estado Social (ações positivas de prestações sociais de 2ª e 3ª dimensão) transforma esse último no Estado Democrático de Direito para a concretização institucional das ações, ou seja, constitucionalizou o Direito.

O Estado, através de seus Poderes Institucionais, deve atender aos fundamentos explicitados no artigo 3º da Constituição Federal, que agirão de forma harmônica e independente, observado a vocação constitucional de cada um.

Nesse cenário de constitucionalização do direito e da primazia da efetivação dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário passou a prevalecer em relação aos demais Poderes,

¹¹² KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução Ivone Castilho Benedetti; Jefferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla; Vera Barbow. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 36-37.

¹¹³ CHAUI, Marilena. **O que é ideologia**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2001. p. 7.

¹¹⁴ KELSEN, op.cit., p. 36-37

maximizando a crise em que esses enfrentam, quer sob os aspectos políticos, ideológicos e filosóficos em relação ao Poder Legislativo e econômico e de gestão em relação ao Poder Executivo.

A intervenção do Poder Judiciário no controle das políticas públicas tem um marco representativo na decisão do ADPF 045-9, cuja Relatoria do Ministro Celso de Mello, destacam-se os seguintes trechos:¹¹⁵

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 inconseqüente, 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).

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

[...]

"Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível" (Transcrições). **Informativo STF**, n. 345, Brasília, DF, 26-30 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF>>. Acesso em: 06 nov. 2016.

atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível."

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

[...]

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Muito embora a Corte Suprema entenda que a intervenção judicial nas políticas públicas seja possível diante às prerrogativas contidas na Carta de Outubro, o Ministro Celso de Mello prevê que é necessária a observância de alguns requisitos para que isso seja possível: (i) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; (b) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e (iii) a existência da disponibilidade financeira do Estado para poder tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas (reserva do possível).

Se passar a admitir de forma consensual que deve haver controle jurisdicional das políticas públicas, deve buscar mecanismos que imponham limites às intervenções do Poder Judiciário, e esses podem estar vinculados aos requisitos indicados pelo Ministro Celso de Mello na decisão acima mencionada (ADPF 045-9), ou seja, a observância do *mínimo existencial*, da *razoabilidade* e da *reserva do possível*.

6.1. MÍNIMO EXISTENCIAL

Para a efetivação ou implementação dos direitos previstos no artigo 3º da Constituição de Outubro há necessidade de formulação de políticas públicas, cujo escólio da melhor doutrina a específica como o núcleo central ou o núcleo duro, haja vista que deve garantir o mínimo existencial, assim como o entendido, o necessário para garantir a dignidade humana.

A dignidade da pessoa humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.¹¹⁶

Pode-se incluir no mínimo existencial, entre outros direitos, o direito à educação fundamental, o direito à saúde básica, o saneamento básico, o acesso à justiça, etc.

6.2. RAZOABILIDADE E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Ainda, como forma de concretização da observância do mínimo existencial, há de buscar a razoabilidade que se mede pela aplicação do princípio da proporcionalidade.¹¹⁷

O princípio da proporcionalidade significa a busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados.¹¹⁸

Sob a Égide da Constituição Federal de 1967, com a Emenda de 1969, o Supremo Tribunal Federal aplicou o princípio da proporcionalidade (embora sem usar a nomenclatura) como critério para a limitação de restrições de direitos, deixando assentado que as medidas restritivas de direito não podem conter limitações inadequadas, desnecessárias e desproporcionais.¹¹⁹

Por meio das regras de proporcionalidade e razoabilidade, o Poder Judiciário analisará a situação em concreto e dirá se o legislador ou o administrador público pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos na Constituição.¹²⁰

¹¹⁶ BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. p. 248-252.

¹¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; WHATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 133

¹¹⁸ Idem. p. 133

¹¹⁹ HC 45.232, Rel. Ministro Themístocles Cavalcanti, 1968 (RTJ 44/322)

¹²⁰ GRINOVER; WHATANABE, op. cit., p. 135.

6.3. RESERVA DO POSSÍVEL.

A reserva do possível traz a necessidade de se observar se o Estado ou o Poder Público possui disponibilidade financeira para a implementação da determinação judicial.

O Poder Judiciário deve primeiramente verificar essa possibilidade para que de fato seja efetivado o direito constitucionalmente reconhecido.

Não basta a simples alegação de que inexistem recursos para o cumprimento da determinação judicial, mas a prova clara e inequívoca desta impossibilidade.

No caso de comprovadamente inexistir tais possibilidades, o Poder Judiciário determinará que o encargo seja previsto em lei orçamentária, portanto, haverá nesse caso, duas obrigações de fazer, a de prever a verba na lei orçamentária e aplicação da verba para o adimplemento da obrigação.

7. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE – A TEORIA DE PIERRE ROSANVALLON

Há uma tendência judicializante, haja vista que o Poder Judiciário afirma uma supremacia que não lhe é legítima, é costume ouvir frases como “*o STF tem a última palavra*”¹²¹ da fala do Ministro Celso de Mello.

Ainda na fala do Ministro Teori Zavascki, afirmando que a “*Constituição é aquilo que o STF, seu interpreto e guardião, diz que é*”.¹²²

O pronunciamento do Ministro José Antonio Dias Toffoli em que entende que “*o STF é o poder moderador, é o que tira a sociedade de seus impasses*”.¹²³

É percebido que tais posicionamentos públicos transmitem a manifesta intenção de marcar posição de máxima autoridade nas interações entre os Poderes da República.

Esse posicionamento deve ter legitimidade, haja vista que a tal “última palavra” demonstra querer ser um único órgão que defende em fase final todo um processo democrático, de um diálogo que quer se manter aberto, em que a democracia e o constitucionalismo, como paradoxos necessários, constroem-se e aperfeiçoam-se.¹²⁴

É por esta razão que essa forma de sacralidade concebida pelo Poder Judiciário teve a reação da elaboração da PEC n. 33/2011¹²⁵ (de acordo com o sítio da Câmara de Deputados a mesma foi arquivada¹²⁶ como forma de impedir os excessos praticados.

José Luiz Bolzan de Moraes e Guilherme Valle Brum apresentam a teoria da legitimidade por reflexividade de Pierre Rosanvallon.¹²⁷

¹²¹ BRESCIANI, Eduardo. Celso de Mello: STF tem 'monopólio da última palavra'. **Portal Estadão**, 17 dez. 2012. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,celso-de-mello-stf-tem-monopolio-da-ultima-palavra,974786>>. Acesso em: 23 out. 2016

¹²² STRECK, Lenio Luiz. O passado, o presente e o futuro do STF em três atos. **Revista Consultor Jurídico**, 15 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-15/senso-incomum-passado-presente-futuro-stf-tres-atos>>. Acesso em: 23 out. 2012.

¹²³ ARRUDA, Roldão. STF é o novo poder moderador da República, defende Toffoli. **Portal Estadão: blog Roldão Arruda**, São Paulo, 08 abr. 2014. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/roldao-arruda/stf-e-o-novo-poder-moderador-da-republica-diz-toffoli/>> Acesso em: 23 out. 2016.

¹²⁴ BENVINDO, Juliano Zalden. A "última palavra", o poder e a história: o supremo tribunal federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 201, p. 71-95, jan./mar. 2014.

¹²⁵ A PEC 33/2011 tem como ementa: Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição.

¹²⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição 33/2011**. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Brasília, DF, 25 maio 2011. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>. Acesso em: 23 out. 2016.

¹²⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de.; BRUM, Guilherme Valle. **Políticas públicas e jurisdição constitucional entre direitos deveres e desejos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. pg. 73.

Segundo Pierre Rosanvallon, a legitimidade democrática não está apenas no princípio majoritário, pois o princípio da maioria forma apenas uma parte da legitimidade, que, se fosse restrita e esse princípio, seria incompleta.

Há outras formas de aquisição de legitimidade para além do procedimento da eleição, quais sejam: (i) por imparcialidade, (ii) por reflexividade e (iii) por proximidade.

Pierre Rosanvallon diz que ,ao longo da história, duas foram as maneiras mais características de obtenção de legitimidade, por sufrágio universal e pela *expertise* da administração pública.

A legitimidade por imparcialidade seria aquela atribuída às instituições ditas autônomas, apartadas da Administração Pública comum, e cujos melhores exemplos talvez sejam as agências reguladoras (Distinção entre legitimidade por imparcialidade por legitimidade eleitoral (Ex. EUA, França 1.980).

De acordo com essa teoria, pode-se concluir que sobre as agências reguladoras, elas podem carregar sim, uma forte legitimidade democrática, ser representativas, ainda que sua legitimidade não derive de eleições.

A legitimidade por proximidade mais se aproxima de uma atitude do poder perante o povo, tendo seu foco no comportamento das autoridades, quer seja pela justiça procedimental (a forma como o cidadão é tratado pelo Estado em sentido processual, de conduta) quer seja pela transparência e da informação por parte do Estado (mídias, internet), o regime democrático caracteriza-se por ser governo público em público (Noberto Bobbio, 1986).

A teoria da legitimidade por reflexividade defende que os elementos que estruturam a democracia têm como pano de fundo estas três suposições: a identificação da opção eleitoral com a expressão da vontade geral, a assimilação dos eleitores com o povo e o perdurável exercício da atividade política e parlamentar em continuidade ao momento eleitoral.

Esses enunciados traduzem “reduções de realidade”. O trabalho de reflexividade consiste em corrigir esse caráter incompleto da democracia, instaurando mecanismos corretivos e compensadores desses pressupostos.

Rosanvallon organiza seu argumento utilizando espécies de conceitos operacionais de “povo”, os quais, legitimando o poder democrático, podem assumir três formas (i) povo eleitoral: que toma a consistência numérica das urnas e se manifesta de imediato na divisão entre a maioria e a minoria; (ii) povo social, como sendo a minoria ativa ou passiva (é a soma dos protestos e

iniciativas de toda a natureza, uma exposição de situações vividas como manifestações do que faz e desfaz um mundo comum, um povo fluxo, um povo história, um povo problema); (iii) povo princípio: constituído pelo equivalente geral que funda o projeto de inclusão de todos na sociedade. O povo princípio se reconduz ao princípio da igualdade, sendo um modo de composição “do comum” referindo-se, portanto ao estatuto mínimo da pessoa, aos seus direitos fundamentais.

As instituições por excelência da reflexividade são as Cortes Constitucionais, que atuam – se considerado o povo eleitoral – de maneira essencialmente contramajoritária. Elas têm como função primordial recordar que o soberano não se reduz a sua expressão eleitoral majoritária, de forma que representam a confrontação permanente entre os diferentes povos democráticos, principalmente os das urnas e dos princípios.

As Cortes Constitucionais, destarte, possuem uma função propriamente reflexiva, que contribui para a formação de uma vontade comum, o que as distingue da imediatidade dos processos eleitorais (o povo princípio é permanente).

Rosanvallon sustenta que uma característica da legitimidade por reflexividade é reduzir as distâncias entre a democracia definida como um procedimento (urnas) e a democracia definida como um conteúdo (princípios).

Os tribunais em especial as Cortes Constitucionais tomam decisões políticas importantes, mas o critério de validação de sua ação deve ser o respeito aos princípios e não à vontade da maioria. São, portanto, “decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral.

O Poder Judiciário deve agir elaborando e aplicando uma “teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais”.

A partir da classificação de Cass Sunstein¹²⁸ que divide os juízes em relação à posição sobre a interpretação constitucional em “fundamentalistas”, “minimalistas”, “perfeccionistas” e “majoritarianistas” (de acordo com a pesquisa efetuada nas decisões da Corte Americana) não se tem muitas dificuldades em situar a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de políticas públicas na categoria de “perfeccionistas”.

¹²⁸ STRECK, Lenio Luiz. Heróis, soldados, minimalistas ou mudos? São estes os perfis dos juízes?. **Revista Consultor Jurídico**, 12 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-12/senso-incomum-heroi-soldado-minimalista-ou-mudo-sao-perfis-juizes>>. Acesso em: 23 out. 2012.

Juízes fundamentalistas são os defensores da interpretação constitucional como um “ato de redescobrimto”, como uma busca de ideias dos constituintes. Eles acreditam que o “originalismo” é a maneira apropriada de interpretar a Constituição, de modo que esta seja lida pelos interpretes com o intuito de ajustá-la ao entendimento que originalmente tinha a geração fundadora do documento.

Juízes minimalistas: por sua vez, tem uma postura às vezes coincidente com os fundamentalistas, mas o seu intento é bem diverso. Eles não aceitam teorias ambiciosas e entendem que a resolução das controvérsias deve ser feita da maneira estrita, nos limites do absolutamente necessário. Não toma posição em controvérsias sociais de larga escala e entendem que o Poder Judiciário equivoca-se quando o faz.

Juízes Majoritarianistas: Sua defesa é de que o papel das Cortes Constitucionais deve ser permitir que o processo democrático funcione sem ser obstruído. A menos que a Constituição seja aberta, frontal e inequivocadamente violada, os tribunais devem ter uma atitude diferente em relação aos atos dos demais poderes da República, eleitos que são pelo voto popular.

Juízes Perfeccionistas: pretendem fazer da Constituição “o melhor que ela pode ser”, por meio de interpretação de seus vagos termos. Envolvem-se em discussões políticas, morais e filosóficas profundas, teorizando sobre esses assuntos, transformando-os em Direito. Comumente criam novos direitos, dão-lhes significados abrangentes e praticam o modelo de interpretação constitucional ambicioso. A sua ideia é tentar resolver grandes controvérsias sociais, posicionando-se sobre o devir histórico.

Essa postura judicial não é um problema em si, mas o que é equivocado é a forma como o Supremo Tribunal Federal vem exercendo a interpretação perfeccionista – ou pretendente a perfeccionista – da Constituição, quando em jogo controvérsias sobre políticas públicas.

José Luiz Bolzan de Moraes e Guilherme Valle Brum apresentam abordagem crítica a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a partir da cadeia de precedentes criada em sede de recurso difuso de constitucionalidade, ou seja, em sede de recurso extraordinário e de outros meios de insurgência não objetivos, nos quais a abordagem, pelo Poder Judiciário, da ação do Estado ocorre em concreto, quando se examinam as possíveis falhas de desempenho da execução da específica política pública objeto da lide.¹²⁹

¹²⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de.; BRUM, Guilherme Valle. **Políticas públicas e jurisdição constitucional entre direitos deveres e desejos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 89.

A ementa abaixo demonstra clara pretensão perfeccionista na razão de decidir:¹³⁰

Ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais – Dever Estatal de assistência materno-infantil resultante de norma constitucional – Obrigação jurídico-constitucional que se impõe ao poder público, inclusive aos estados-membros – configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao estado-membro – desrespeito à constituição provocado por inércia estatal (RTJ 183/818-819) – Comportamento que transgride a autoridade da lei fundamental da república (RTJ 185/794-796) – A questão da reserva do possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197) – O papel do poder judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela constituição e não efetivadas pelo poder público – A fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao estado – A teoria da ‘restrição das restrições’ (ou da ‘limitação das limitações’) – caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (cf, arts. 196, 197 e 227) – A questão das ‘escolhas trágicas’ – a colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade Institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito – Controle jurisdicional de legitimidade da omissão do estado: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente E proibição de excesso) – Doutrina – precedentes do supremo tribunal federal em tema de implementação de políticas RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – Possibilidade jurídico-processual de utilização das ‘astreintes’ (CPC, art. 461, § 5º) como meio coercitivo indireto – existência, no caso em exame, de relevante interesse social – ação civil pública: instrumento processual adequado à proteção jurisdicional de direitos revestidos de metaindividualidade – legitimação ativa do ministério público (cf, art. 129, iii) – A função institucional do ministério público como ‘defensor do povo’ (cf, art. 129, ii) – Doutrina – Precedentes – Recurso de agravo improvido. (RE 581352 AGR. Relator (a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Julgado em 29/10/2013, Acórdão Eletrônico Dje-230 Divulg 21-11-2013 Public 22-11-2013).

O Poder Judiciário, detectando insuficiências na prestação desse serviço (o de atendimento a gestantes em maternidades públicas), determinou ao Poder Executivo a sua ampliação e melhoria.

A decisão ainda aponta ser possível ao Tribunal sindicar “a omissão inconstitucional imputável ao Estado Membro” pelo desrespeito à Constituição provocado pela inércia estatal.

Percebe-se ainda que a questão da “teoria do possível” é inaplicável sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial,

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 581352** (processo físico). Brasília, DF, 13 mar. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2603764>> Acesso em: 30 out. 2016.

de modo que esse exame seria papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo poder público.

Ainda há no aresto fortes exortações aos magistrados para casos futuros, como esta: “a colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito”. Houve também definições sobre a “atividade de fiscalização judicial de políticas públicas, que se justificaria pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso)”.¹³¹

Em pesquisa no sítio do Supremo Tribunal Federal, ao consultar a base de dados com a expressão “políticas públicas”, verifica-se a existência de 216 (duzentos e dezesseis) ocorrências, sendo 215 (duzentos e quinze) e 1 (um) documento relativo à Repercussão Geral (698 - Limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção.).

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45, de 2004, da Relatoria do Ministro Celso de Mello, embora não seja um marco seguro sobre o controle judicial das políticas públicas, a decisão nele contida serve como precedente a inúmeros julgados que se sucederam, cuja ementa é a seguinte:¹³²

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE

¹³¹ MORAIS, José Luis Bolzan de.; BRUM, Guilherme Valle. **Políticas públicas e jurisdição constitucional entre direitos deveres e desejos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 90-91.

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental nº 132417** (processo físico). Brasília, DF, 15 out. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2175381>> Acesso em: 06 nov. 2016.

DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES
POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

A decisão transcrita na Ementa traduz o entendimento de que o Supremo Tribunal Federal possui jurisdição constitucional para intervir nas políticas públicas, demonstrando possuir legitimidade que não pode ser oponível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cenário ou o clima político quando da promulgação da Carta Constitucional era de efetivar um Estado de Bem Estar, um Estado Social, em que direitos tidos como fundamentais de segunda e terceira dimensão fossem albergados no bojo constitucional.

Este sentimento (quando da promulgação da Constituição Federal) foi fruto de uma emancipação política advinda da redemocratização, haja vista o regime político que o Brasil convivia até pouco tempo foi praticamente descartado e deu lugar a possibilidade de reinventar ou expandir anseios sociais reprimidos.

Ao se pensar um modelo de Estado e escolhido o mencionado Estado Social, o constituinte de 1988 quis dar status constitucional de direitos sociais, além de disciplinar matérias que poderiam ser afetadas nas leis infraconstitucionais.

Esse fenômeno, doutrinariamente denominado de constitucionalização do direito, possibilitou nos anos subsequentes a judicialização por demandas, buscando a efetiva consecução e reconhecimento dos direitos agora fundamentais, pois insculpidos na Carta Republicana.

O constitucionalismo, entendido como a constitucionalização dos direitos em um perfil de Estado (Social) Democrático de Direito, deve buscar a harmonia entre os Poderes Institucionais para que os preceitos constitucionais, máxime, os objetivos fundamentais sejam de fato efetivados.

No constitucionalismo do Direito emergiu a possibilidade do Poder Judiciário a exarar decisões de completo ativismo judicial, transgredindo princípios basilares, dentre eles o da separação dos poderes.

O trabalho demonstrou-se pelas decisões da Suprema Corte que o Poder Judiciário não entende que suas ações e suas intervenções invalidam o princípio constitucional da separação dos poderes, muito embora suas decisões demonstrem exatamente o contrário.

A importância das políticas públicas e a sua elaboração, bem como os meios que necessita para viabilizá-las passa por tramites legislativos orçamentários, que vinculam o Poder Executivo, que ao elaborar ou implementar conhece ou pelo menos possui a previsão dos recursos disponíveis para as suas execuções.

O intervencionismo do Poder Judiciário traduz grave risco às Instituições, e há necessidade de criar mecanismos de contenção ou de limitação, a fim de que as decisões do vulto

que são as matérias ligadas às políticas públicas sejam de fato originadas em seio majoritário, fórum de participação popular e de debates com o maior número de grupos interessados.

Depara-se também com grave risco à legitimidade democrática e risco a politização da Justiça, razão pela qual deve ser reavaliado a capacidade institucional e seus limites.

Um dos mecanismos para a harmonização da temática é a observância por parte do Poder Judiciário dos limites ou requisitos necessários à concessão de direitos sociais prestacionais, qual sejam: a característica do direito abranger o mínimo existencial, o da proporcionalidade (razoabilidade) e o da reserva do possível.

Outra alternativa é a instituição de lei que discipline o controle judicial das políticas públicas, a exemplo do Projeto de Lei preparado pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (Cobepej), apresentado em Seminário aberto ao público pelo Cobepej e pelo Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP em 14 e 15 de Abril de 2.010, inicialmente elaborado pela Profa. Ada Pellegrine Grinover e Kazuo Watanabe, posteriormente aperfeiçoado pelos alunos e professores do Mestrado da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) na disciplina “Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, validado pelo II Seminário Sobre o Controle Jurisdicional das Políticas Públicas realizado pelo Cobepej-Ibea-Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP em 03 de Outubro de 2.011, cuja íntegra compõe o Anexo I deste trabalho, que traduz um caminho, cujo texto deve serve como um início de uma longa caminhada.

Essa alternativa, ou seja, o de instituir lei disciplinando o controle judicial das políticas públicas é caminho que pode conter o ativismo e a criatividade exacerbada do Poder Judiciário, mas deve estar também com o compromisso político de que seja posto na agenda política nacional a necessidade ímpar da reforma política, para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil.

Portanto, o presente trabalho traz fortes e ousados indícios de que o controle judicial das políticas públicas ocorre além dos limites constitucionais, necessitando de mecanismos de restrição, de contrapeso ou de contenção, objetivando reencontrar a harmonia e a in(ter)dependência dos Poderes Republicanos.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. **Teoria geral do Estado**. 3. ed. São Paulo: Manole, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quarter Latin, 2010.

ANDRADE, Manoela. **Direitos fundamentais: conceito e evolução**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16010-16011-1-PB.pdf>> Acesso em: 16 out. 2016.

ARRUDA, Roldão. STF é o novo poder moderador da República, defende Toffoli. **Portal Estadão**: blog Roldão Arruda, São Paulo, 08 abr. 2014. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/roldao-arruda/stf-e-o-novo-poder-moderador-da-republica-diz-toffoli/>> Acesso em: 23 out. 2016.

BADIN, Arthur Sanchez. **Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar**. São Paulo: Malheiros, 2013.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 9, n. 46, p. 31-61, nov./dez. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, v. 13, p. 71-91, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo, v. 240, p. 1-42, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito financeiro e de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BATISTA, Antonio Roberto Batista; KRAMER, Paulo; VÉLES-RODRIGUES, Ricardo. **O patrimonialismo brasileiro em foco**. Campinas: Vide Editorial, 2015.

BENVINDO, Juliano Zalden. A "última palavra", o poder e a história: o supremo tribunal federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 201, p. 71-95, jan./mar. 2014.

BLANK, Dionis Mauri Penning. A constitucionalização do direito e sua evolução na matéria ambiental. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**, v. 8, n. 1, 2013. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/viewFile/35663/27544>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone Editora, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição 33/2011**. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Brasília, DF, 25 maio 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>. Acesso em: 23 out. 2016.

BRASIL. **Novo código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. n. 1351 DF. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 30 mar. 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14730359/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1351-df/inteiro-teor-103116517>> Acesso em: 30 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade**. nº 2.2121-1 CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Brasília, DF, 14 nov. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375353>> Acesso em: 30 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. nº. 3300 SP, **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 13 set. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3300&processo=3300>> . Acesso em: 05 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível" (Transcrições). **Informativo STF**, n. 345, Brasília, DF, 26-30 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF>>. Acesso em: 06 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132417** (processo físico). Brasília, DF, 15 out. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2175381>> Acesso em: 06 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar**. n 4987 PE. Tribunal de Justiça do Estado do Pernambuco, Brasília, DF, 13 mar. 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14777807/medida-cautelar-na-reclamacao-rcl-4987-pe-stf>> Acesso em: 30 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 581352** (processo físico). Brasília, DF, 13 mar. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2603764>> Acesso em: 30 out. 2016.

BRESCIANI, Eduardo. Celso de Mello: STF tem 'monopólio da última palavra'. **Portal Estadão**, 17 dez. 2012. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,celso-de-mello-stf-tem-monopolio-da-ultima-palavra,974786>>. Acesso em: 23 out. 2016

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, n. 23, 2004. p. 117-120.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. **Revistas dos Tribunais**, n. 737, p.18, 1997.

COSTA, Amanda. **Em cinco anos, mais de R\$ 2,1 bilhões foram gastos com ações judiciais**. 10 out. 2015. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/20195>>. Acesso em: 04 fev. 2017.

DELGADO, José Augusto. **Ativismo Judicial: o papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea**. In: FARIA, Juliana de Cordeiro et al. (Org.) **Processo civil: novas tendências**. homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DENHARDT, Robert B. **Teorias da administração pública**. Tradução da 6ª. Edição Norte-Americana. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. **Processo civil novas tendências: homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FREIRE JUNIOR. Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: RT, 2005.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GIACOMINI, James. **Orçamento público**. 15. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

GONÇALVES, Alcindo. **Políticas públicas e a ciência política**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)**. 2. ed. São Paulo: RT, 1991.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRAU, Eros Roberto. MS 26.602 - Fidelidade partidária. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 1, 2007/2008. Disponível em:
<<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/109/81>> Acesso em: 30 out. 2016.

GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômicos e regra jurídica**. São Paulo: RT, 1978.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WHATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GUTIERREZ SOBRINHO, Emílio; CASSEB, Henrique Morgado. **A inconstitucionalidade da súmula vinculante**. 4 ago. 2012. Disponível em:
<<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/inconstitucionalidade-da-s%C3%BAmula-vinculante>> Acesso em: 05 fev. 2017.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução Ivone Castilho Benedettu; Jefferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla; Vera Barbow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KIM, Richard Pae. Separação de poderes e as teorias interna e externa dos direitos fundamentais: direitos sociais e a inaplicabilidade da teoria externa. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, ano 5, v. 10, p. 273-301, 2015.

LEAL, Mônica Clarissa Henning. **Judicialização e ativismo judicial**: o Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera da atuação dos demais poderes/ Mônica Clarissa Henning Leal, Felipe DAlenogare Alves. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1929.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES Áquilas; SOUZA, Maria de Fátima de (Org.). **Tempos radicais da saúde em São Paulo**: a construção do SUS na maior cidade brasileira. São Paulo: Hucitec, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRON, Paulo. **Gestão pública melhores práticas**. São Paulo: PriceWaterhouseCoopers. Quartier Latin, 2009.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. **O espírito das leis** (1748). 2. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1995.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAIS, José Luis Bolzan de.; BRUM, Guilherme Valle. **Políticas públicas e jurisdição constitucional entre direitos deveres e desejos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MORAIS, José Luiz Bolzan. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011. Edição Kindle.

MOTA, Pedro Vieira. **Montesquieu o espírito das Leis**. São Paulo: Saraiva, 2010.

NASCIMENTO, Edson Ronaldo. **Gestão pública**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

OLIVEIRA, Ramon Tácio. **Ativismo Judicial**: multiplicidade de sentidos. Curitiba: Editora Prismas, 2015.

PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção Judicial nas Políticas Públicas. O Problema da Legitimidade**.

PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. **Políticas públicas nas leis orçamentárias**. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos**. Editora Saraiva. 2ª. Edição. São Paulo. 2015.

RODRIGUES, Fernando. **Em 10 anos, gasto do SUS com decisões judiciais cresce 744%**. 25 nov. 2015. Disponível em: <<http://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2015/11/25/em-10-anos-gasto-do-sus-com-decisoes-judiciais-cresce-744/>>. Acesso em: 04 fev. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito internacional público**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Os direitos e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho, 2013.

SOUZA, Isabella Saldanha de. **Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Heróis, soldados, minimalistas ou mudos? São estes os perfis dos juízes? **Revista Consultor Jurídico**, 12 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-12/senso-incomum-heroi-soldado-minimalista-ou-mudo-sao-perfis-juizes>>. Acesso em: 23 out. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. O passado, o presente e o futuro do STF em três atos. **Revista Consultor Jurídico**, 15 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-15/senso-incomum-passado-presente-futuro-stf-tres-atos>>. Acesso em: 23 out. 2012.

THAMAY, Rennan Faria. **As crises do estado e da constituição**: para uma crise conceitual do modelo estatal. Disponível em: <<http://rennankrugerthamay.blogspot.com.br/2012/05/as-crieses-do-estado-e-da-constituicao.html>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

VALLE, Vanice Regina Lírio. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Editora Juruá. 2009.

VIDAL, Isabel Lifante. Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. **DOXA**: cuadernos de filosofía del derecho, n. 25 p. 413-436, 2015.

ANEXO 1

[Versão final – outubro de 2012]

PROJETO DE LEI N.

Institui processo especial para o controle e intervenção em Políticas Públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências.

PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Art. 1º O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário rege-se pelos seguintes princípios, sem prejuízo de outros que assegurem o gozo de direitos fundamentais sociais:

- I – proporcionalidade;
- II – razoabilidade;
- III – garantia do mínimo existencial;
- IV – justiça social;
- V – atendimento ao bem comum;
- VI – universalidade das políticas públicas;
- VII – equilíbrio orçamentário.

DA COMPETÊNCIA E DA PETIÇÃO INICIAL

Art. 2º Ressalvadas as hipóteses de cabimento de ações constitucionais, é competente para o controle judicial de políticas públicas ordinária, estadual ou federal, por intermédio de ações coletivas ajuizadas pelos legitimados indicados pela legislação pertinente.

Parágrafo único. Para a implementação ou correção de políticas públicas são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos.

Art. 3º A petição inicial, que obedecerá aos requisitos previstos no Código de Processo Civil, deverá indicar com precisão a medida requerida para o a implementação ou correção da política pública, bem como a autoridade responsável por sua efetivação, que será notificada, para os fins da fase preliminar.

Parágrafo único. A petição inicial também indicará a pessoa jurídica de direito público a que pertence a autoridade responsável pela efetivação da política pública, pela qual se determinará a competência.

Art. 4º Se a autoridade se der por incompetente, deverá declinar a que entender competente, que será igualmente notificada para a fase preliminar, de acordo com o disposto no art. 5º.

DA FASE PRELIMINAR

Art. 5º Estando em ordem a petição inicial, o juiz receberá, notificando o órgão do Ministério Público e a autoridade responsável pela efetivação da política pública, para que esta preste, pessoalmente e no prazo de 60 dias, prorrogável por igual período, informações detalhadas que deverão contemplar os seguintes dados, que constarão do mandado:

I – o planejamento e a execução existentes para a política pública a que se refere o pedido;
 II – os recursos financeiros previstos no orçamento para a implementação da política pública a que se refere o pedido;

III – a previsão de recursos necessários a implementação ou correção da política pública a que se refere o pedido;

IV – em caso de insuficiência de recursos, a possibilidade de transposição de verbas;

V – o cronograma necessário ao eventual atendimento do pedido;

Art. 6º Se o pedido envolver o mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, o juiz poderá antecipar a tutela, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil, ficando nesse caso dispensadas as informações a respeito os incisos II, III e IV do artigo 5º.

Parágrafo único. Considera-se mínimo existencial, para efeito desta lei, o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição, em relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana.

Art. 7º Não prestadas as informações indicadas no caput, o juiz aplicará a autoridade responsável as sanções previstas no art. 14 do Código de Processo Civil, podendo convocá-la pessoalmente para comparecer em juízo.

§ 1º Na prestação de informações, a autoridade responsável pela execução da política pública poderá servir de assessores técnicos especializados.

§ 2º O juiz poderá utilizar técnicos especializados para assessorá-lo na análise das informações, sem prejuízo de consultas a órgãos e instituições do ramo (parágrafo único do art. 26).

Art. 8 considerando insuficientes as informações, o juiz, de ofício ou a requerimento do autor do Ministério Público, quando este não for autor, poderá solicitar esclarecimentos e informações suplementares, a serem prestadas em prazo razoável, fixado pelo juiz, bem como designar audiências, em contraditório pleno, inclusive com a presença dos técnicos envolvidos, para os mesmos fins.

Art. 9º Tendo por esclarecidas as questões suscitadas na fase preliminar, o juiz poderá designar audiências públicas, convocando representantes da sociedade civil e de instituições e órgãos especializados.

Parágrafo único. Admite-se, tanto na fase preliminar como no processo judicial, intervenção do “amicus curiae”, pessoa física ou jurídica, que poderá manifestar-se por escrito ou oralmente.

DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSAS

Art. 10. As partes poderão, de comum acordo, submeter o conflito ao juízo arbitral, observado o disposto na Lei n. 1307 de 1996 o prescrito no art. 12, ou à mediação ou conciliação judiciais ou extrajudiciais.

Art. 11. A qualquer momento, poderão as partes transigir sobre o cumprimento da obrigação, sua modalidade e seus prazos, ouvido o Ministério Público ou o Defensor Público, conforme o caso.

Parágrafo único. A transação, homologada pelo juiz, terá efeito de título executivo judicial e, assinada pelos transatores e pelo Ministério Público, de título executivo extrajudicial.

Art. 12. O Ministério Público ou outros órgãos públicos legitimados às ações coletivas poderão colher da Administração ou do ente privado Termo de Ajustamento de Conduta sobre o

cumprimento da obrigação, sua modalidade e seus prazos, que, em caso de existência de processo, só terá eficácia a manifestação do Autor.

Parágrafo único. O Tempo de Ajustamento de Conduta terá natureza jurídica de transação, submetendo-se á regra do parágrafo único do art. 11.

DO PROCESSO JUDICIAL

Art. 13. Não havendo acordo, o juiz examinará, no juízo de admissibilidade, a razoabilidade do pedido e a irrazoabilidade da atuação da Administração, podendo extinguir o processo, com resolução do mérito, ou determinar a citação do representante judicial da autoridade competente, para responder.

Parágrafo único. Extinto o processo, serão intimados da sentença o autor, a autoridade responsável e a pessoa jurídica de direito público a que esta pertence.

Art. 14. Determinada a citação, a autoridade responsável pela política pública continuará vinculada ao processo, inclusive para os fins do disposto no artigo 18.

Art. 15. Todos os elementos probatórios colhidos na fase preliminar, em contraditório, serão aproveitados no processo judicial, devendo o juiz privilegiar o julgamento antecipado da lide, sempre que possível.

Art. 16. O prazo para contestar será de 30 (trinta) dias, sem outros benefícios de prazo para a Fazenda Pública, seguindo o rito ordinário previsto no Código de Processo Civil.

Parágrafo único. O juiz usará de rigor para indeferir as provas irrelevantes e impertinentes.

Art. 17. Na decisão, se for o caso, o juiz poderá determinar, independentemente de pedido do autor, o cumprimento de obrigações de fazer sucessivas, consistentes, quando o entender necessário, na de incluir créditos adicionais especiais no orçamento do ano em curso ou de determinada verba no orçamento futuro e de aplicar as verbas na implementação ou correção da política pública requerida.

Parágrafo único. O juiz, de ofício ou a pedido das partes, poderá alterar a decisão na fase de execução, ajustando-a as peculiaridades do caso concreto, caso o ente público promova políticas públicas que se mostrem mais adequadas do que as determinadas na decisão ou caso se revele inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito que constitui o núcleo da política pública deficiente.

Art. 18. Se a autoridade responsável não cumprir as obrigações determinadas na sentença ou na decisão antecipatória pessoalmente nas multas diárias previstas no Código de Processo Civil, devidas a partir da intimação pessoal para o cumprimento da decisão, sem prejuízo da responsabilidade por ato de improbidade administrativa ou das sanções cominadas ao crime de responsabilidade ou de desobediência, bem como da intervenção da União no Estado ou do Estado no Município.

Art. 19. Para o efetivo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória, o juiz, independentemente das medidas previstas no art. 17, poderá nomear comissário, pertencente ou não à Administração, que também poderá ser pessoa jurídica, para a implementação e acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações ao juiz, que poderá lhe solicitar quaisquer providências.

§ 1º Os honorários do comissário serão fixados pelo juiz e custeados pelo ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória.

§ 2º O ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória deverá, se for o caso, apresentar projeto de execução da política pública, instruído

com o respectivo cronograma, que será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor e o comissário e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil.

§ 3º O juiz definirá, de acordo com a complexidade do caso um prazo para apresentação do projeto.

§ 4º A execução do projeto será periodicamente avaliada pelo juiz, com a participação do comissário, e, caso se revelar inadequada, deverá ser revista nos moldes definidos no parágrafo 2º.

Art. 20. Quando o controle da política pública não for objeto específico da demanda, mas questão que surgir no processo, individual ou coletivo, o juiz, de ofício ou a pedido das partes, poderá instaurar incidente que obedecerá ao disposto nos artigos 25 a 26 desta lei.

DA REUNIÃO DOS PROCESSOS EM PRIMEIRO GRAU

Art. 21. Quando vários processos versando sobre pedidos, diretos ou indiretos, de implementação ou correção de políticas públicas relativas ao mesmo ente político correrem em diversos juízos, as causas serão reunidas, independentemente de conexão, para julgamento conjunto, a fim de que o juiz dispore de todos os elementos necessários para uma decisão equitativa e exequível.

Parágrafo único. Aplicar-se à reunião de processos a regra de prevenção do Código de Processo Civil.

DAS RELAÇÕES ENTRE MAGISTRADOS

Art. 22. Os tribunais promoverão encontros periódicos, presenciais ou por videoconferência, com os juízes competentes para o processamento e julgamento de ações que visem, direta ou indiretamente, ao controle jurisdicional de políticas públicas, destinados ao conhecimento e possível harmonização de entendimentos sobre a matéria.

Parágrafo único. Sem prejuízo da providência mencionada no caput, os tribunais fomentarão reuniões regionais, com periodicidade adequada, com o mesmo objetivo.

DA REUNIÃO DE PROCESSOS EM GRAU DE RECURSO

Art. 23. Quando o Tribunal receber diversos recursos em processos que objetivem o controle judicial de políticas públicas, relativamente ao mesmo ente político, e que poderão comprometer o mesmo orçamento, os processos serão reunidos para julgamento conjunto, de competência do tribunal pleno ou do respectivo órgão especial, com vistas a uma decisão equânime e exequível.

DOS CADASTROS NACIONAIS

Art. 24. O conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos sobre Políticas públicas, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham amplo acesso as informações relevantes relacionadas com a sua existência e estado.

§ 1º Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídos processos envolvendo o controle de políticas públicas remeterão, no prazo de 10 (dez) dias, cópia da petição inicial, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º No prazo de 90 (noventa) dias, a contar da publicação da presente lei, o Conselho Nacional de Justiça editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado através da rede de computadores. O regulamento disciplinará a forma pela qual os juízos comunicarão a existência de processos objetivando o controle de políticas públicas e os atos processuais mais relevantes sobre o seu andamento, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença, o trânsito em julgado, a interposição de recursos e a execução.

Art. 25. O Conselho Nacional do Ministério Público organizará e manterá o Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário, os colegitimados e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a abertura do inquérito e a existência do compromisso,

§ 1º Os órgãos legitimados que tiveram tomado compromissos de ajustamento de conduta remeterão, no prazo de 10 (dez) dias, cópia, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta.

§ 2º O Conselho Nacional do Ministério Público, no prazo de 90 (noventa) dias, a contar da publicação da lei, editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e Compromissos de Ajustamento de Conduta, incluindo a forma de comunicação e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado.

DAS DEMANDAS INDIVIDUAIS

Art. 26. Na hipótese de demandas para a tutela de direitos subjetivos individuais, que possam interferir nas políticas públicas de determinado setor, o juiz poderá conceder a tutela se se tratar do mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, nos termos do disposto no parágrafo 1º do art. 5º e se houver razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da conduta da Administração.

Parágrafo único. Cada circunscrição judiciária organizará e manterá comissões de especialistas destinadas a assessorar o magistrado nos diversos setores de políticas públicas, fornecendo dados e informações que o auxiliem em sua decisão.

Art. 27. Na hipótese prevista no artigo 26, o juiz notificará o Ministério Público e outros legitimados à demandas coletivas para querendo, ajuizar o processo coletivo versando sobre a implementação ou correção da política pública, o qual seguirá o disposto nesta lei.

Art. 28. Atendido o requisito da relevância social e ouvido o Ministério Público, o juiz poderá converter em coletiva a ação individual que:

I – tenha efeitos coletivos, em razão da tutela de bem jurídico coletivo e indivisível, cuja ofensa afete a um tempo as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;

II – tenha por escopo a solução de conflitos de interesses relativos a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, pela sua natureza ou por disposição de lei, deva ser uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo e padrão de conduta consistente e unitária a parte contrária.

§ 1º Determinada a conversão, o autor manterá a condição de legitimado para a ação, mas em litisconsórcio necessário com o Ministério Público ou outro colegitimado para a ação coletiva.

§ 2º O Ministério Público ou outro legitimado, no prazo a ser fixado pelo juiz, poderão aditar ou emendar a petição inicial para adequá-la tutela coletiva.

§ 3º Se nenhum dos colegitimados aditar ou emendar petição inicial, o juiz encaminhará os autos ao Conselho Superior do Ministério Público para que indique um membro da instituição para fazê-lo.

§ 4º A coisa julgada atuará erga omnes, nos termos do disposto nos arts. 103 e 104 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990(Código de Defesa do Consumidor).

§ 5º Não intervindo como parte, o Ministério Público atuará como fiscal da ordem jurídica.

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 29. Os tribunais federais criarão, e os estaduais poderão criar, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, contados a partir da vigência desta lei, vara especializada para o processamento e julgamento de ações que visem, direta ou indiretamente, ao controle jurisdicional de políticas públicas.

Art. 30. As disposições desta lei aplicam-se às fases e atos ainda não concluídos dos processos em curso.

Art. 31. Essa lei entrará em vigor no prazo de 90 (noventa) dias contados de sua publicação.