

**FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR DAMÁSIO DE JESUS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO
PÚBLICO**

**REALIZAÇÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS
PÚBLICAS**

**Aluno: André Renato Ramos Sodré
Orientadora: Fabiola Cassel Ferri**

**Presidente Prudente - SP
2015**

REALIZAÇÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

ANDRÉ RENATO RAMOS SODRÉ

Trabalho de Conclusão de Curso de Pós Graduação em Direito Público, apresentado à Faculdade De Direito Professor Damásio De Jesus, como parte dos requisitos para obtenção do grau de especialista em Direito Público, sob a orientação da Professora Fabiola Cassel Ferri.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. – Orientadora Fabiola Cassel Ferri
Faculdade de Direito Damásio de Jesus

Presidente Prudente – SP

2015

Epígrafe

“A atração exercida pelo conhecimento seria bastante fraca, se para atingi-lo não fosse preciso vencer tantos pudores”.

Friedrich Wilhelm Nietzsche

RESUMO

Este trabalho trata de política pública voltada à efetivação dos direitos fundamentais, suas generalidades, dentre as quais seu conceito, características, evolução, estágios ou fases do processo (agenda, elaboração, formulação, implementação, execução, acompanhamento e avaliação). Analisa os atores (grupos de pressão) que participam do processo de tomada de decisão para que determinada política pública seja realizada pelo gestor público. Contextualiza os direitos fundamentais, desde sua origem histórica à normatização nos textos constitucionais, daí extraindo a Supremacia da Constituição ante os demais atos normativos. Trata da possibilidade do controle jurisdicional a ser exercido nas políticas demandadas pelo Poder Público, relativamente aos direitos sociais fundamentais, mais detidamente o agir do Poder Judiciário, quanto à inoperância ou o operar equivocado dos Poderes Executivo e Legislativo. Apresenta jurisprudência sobre o assunto. Traça um panorama sobre o que se considera judicialização e o pensamento acerca do ativismo judicial, aspectos pertinentes, coincidências e embates. Retrata a problemática deste controle sob o aspecto constitucional da organização e separação dos poderes e revela a necessidade de mudanças legislativas a condicionar o controle jurisdicional de política pública.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Direitos Fundamentais. Controle Jurisdicional. Judicialização. Ativismo Judicial.

ABSTRACT

This work comes to public policy focused on realization of fundamental rights, their generalities, among which its concept, characteristics, evolution, stages or phases of the process (schedule, preparation, design, implementation, implementation, monitoring and evaluation). Analyzes the actors (lobbyists) who participate in the decision-making process so that specific public policy is made by the public administrator. Contextualizes fundamental rights, from its historic rise to standardization in constitutional texts, hence extracting the Supremacy of the Constitution before the other normative acts. Deals with the possibility of judicial review to be exercised in the policies demanded by the Government in respect of fundamental social rights more closely the action of the judiciary, as the inaction or the wrong operation of the executive and legislative branches. It presents case law on the subject. Provides an overview of what is considered legalization and thought about judicial activism, relevant aspects, coincidences and conflicts. Portrays the problems of this control under the constitutional aspect of the organization and separation of powers and reveals the need for legislative changes to condition the jurisdictional control of public policy.

Keywords: Public Policies. Fundamental Rights. Jurisdictional control. Legalization. Judicial activism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 POLÍTICA PÚBLICA: BREVES CONSIDERAÇÕES	7
2.1 Conceito e Característica	7
2.2 Dinâmica da Política Pública.....	8
2.3 Atores da Política Pública.....	10
2.4 Sucintas Palavras a Sintetizar o que Foi Dito.....	13
3 SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
3.1 Dos Direitos Humanos (percurso histórico)	15
3.2 Normatização dos Direitos Humanos	18
3.3 Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988	20
3.4 Supremacia da Constituição Federal	25
4 O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	29
4.1 A Clássica Separação dos Poderes	29
4.2 Discrecionabilidade e Mérito no Ato Administrativo	31
4.3 Constituição: Fundamento do Controle	36
4.4 Entendimento Jurisprudencial Brasileiro.....	40
4.5 Judicialização e Ativismo Judicial	45
5 CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS	50
ANEXO.....	52

1 INTRODUÇÃO

O tema ora em estudo trabalhará o controle jurisdicional feito nas políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais fundamentais constitucionalmente garantidos (arts. 5º e 6º), em comunhão com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil que, do mesmo modo, encontram-se inseridos no texto constitucional (art. 3º).

Tendo em mira a delimitação e o alcance do controle realizado pelo Judiciário nos moldes acima explicitados, avaliar-se-á a pertinência de tal intervenção sem que se descure de preservar a harmonia e a separação entre os poderes – art. 2º, CF – não perdendo de vista, porém, a efetivação das políticas públicas cujo escopo seja a implementação dos direitos sociais fundamentais.

Sobreditos direitos serão tratados de maneira uma sem pormenorizações individualizadas, uma vez que um dos objetivos deste escrito é analisar a problemática da realização das políticas públicas, ou sua não realização e a ordem emanada do Poder Judiciário para que o Administrador a execute.

Mostrar-se-á, por meio de fonte bibliográfica, de que se valeu este estudo, a Supremacia da Constituição Federal confrontada com os demais diplomas legais, bem assim o percurso dos direitos humanos até sua positivação.

Será analisada a Jurisprudência pátria, sobretudo do STF e STJ acerca da temática posta.

Cumpre ressaltar, ainda, que se analisará a diferença que se faz entre judicialização e ativismo judicial, o conceito e alcance reclamado a cada qual.

Antes, porém, importante se faz uma visita ao conceito de política pública, sua dinâmica, os atores que atuam em sua execução, as ações, por óbvio, públicas a fazerem com que a sociedade experimente de maneira otimista, o atendimento às suas demandas, interesses e necessidades.

2. POLÍTICA PÚBLICA: BREVES CONSIDERAÇÕES

2.1 Conceito e Característica

Marta M. Assumpção Rodrigues (2011, p. 13-14) traz uma definição bastante esclarecedora de política pública quando anota tratar-se de processo pelo qual diversos grupos (ou atores) componentes da sociedade – cujos interesses, valores e objetivos nem sempre se convergem – tomam decisões coletivas, abarcando todo o corpo social. As políticas públicas resultam, então, da atividade política, a reclamar diversas ações estratégicas com a finalidade de implementar os objetivos desejados por meio de decisões políticas, sendo tais decisões revestidas da autoridade soberana do poder público.

No conceito de Osvaldo Canela Junior (2009, p. 69):

Políticas públicas, a nosso juízo, é o conjunto de atividades do Estado tendentes à consecução de seus fins. Ajusta-se ao conceito de *standard*, ou meta a ser atingida. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos administrativos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) tendentes à realização dos fins primordiais do Estado.

Uma terceira definição, esta sopesando mais o caráter científico-teórico da terminologia posta neste início, é trazida por Enrique Saraiva (2006, p. 28-29), ao analisar política pública como um sistema de decisões públicas necessárias para atingir objetivos estabelecidos, ele traça as seguintes considerações:

Trata-se de um fluxo de decisões públicas, orientado a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios destinados a modificar essa realidade. Decisões condicionadas pelo próprio fluxo e pelas reações e modificações que elas provocam no tecido social, bem como pelos valores, idéias, e visões dos que adotam ou influem na decisão. É possível considerá-las com estratégias que apontam para diversos fins, todos eles, de alguma forma, desejados pelos diversos grupos que participam do processo decisório.

Vê-se, pois, a política pública como um processo carregado de dinamismo peculiar, a transformar-se continuamente, não dotado de uma normalidade ou linearidade instituída para seu regramento. Sensível a variáveis as mais diversas, esse processamento não traz em si algo confortável, mas um traço sobremaneira tormentoso.

Contextualizando a complexidade apresentada na formulação de política pública, Enrique Saraiva (2006, p. 29) ressalta:

É importante destacar que o processo de política pública não possui uma racionalidade manifesta. Não é uma ordenação tranquila na qual cada ator social conhece e desempenha o papel esperado. Não há, no presente estágio da evolução tecnológica, alguma possibilidade de fazer com que os computadores – aparelhos de racionalidade lógica por excelência – sequer consigam descrever os processos de política. A perplexidade perante a turbulência e a aparente não-governabilidade das políticas públicas e da ação governamental, a sensação de “desordem” que elas deixam perceber, não afetam apenas o cidadão. Os atores administrativos, políticos e seus analistas constatarem igualmente a extrema complexidade das políticas públicas e as aparentes debilidades do Estado para cumpri-las.

Como características, para além da referida complexidade, a política pública pode ser vista como um conjunto de decisões políticas (públicas, por óbvio), a tratar de situação previamente estudada, envolvendo recursos públicos, destinada ao atendimento de determinado grupo social ou grupos coletivamente considerados e, sobretudo, dotada de caráter imperativo – as decisões acerca de política pública são acobertadas com o manto da supremacia da autoridade do poder público.

Claro está que ao Estado cabe impor aos seus cidadãos as políticas advindas de necessidades e demandas oriundas das mais variadas fontes e estratos sociais ou grupos de interesses.

Quanto ao nascedouro dessas necessidades e demandas, leciona Marta M. Assumpção (2011, p. 18):

Sobre esse ponto, vale observar que as demandas podem ter origem na sociedade (*inputs*), mas também decorrer de demandas administrativas (*withinputs*), ou seja, ser geradas pela própria burocracia. Por exemplo, as demandas por regulação, controle ou aperfeiçoamento de processos sociais e econômicos (combate à corrupção, defesa do meio ambiente, concessão de serviços públicos etc.), por ampliação da participação no sistema político (voto das mulheres, voto dos analfabetos etc.) ou ainda por reivindicações de bens e serviços públicos (educação, saúde, habitação, transporte, segurança etc.). A maior parte das demandas (*inputs* ou *withinputs*) é objeto das políticas públicas.

Importa agora emprestar algumas palavras para a problemática do processo de gestação da política pública.

2.2 Dinâmica da Política Pública

De modo geral, os momentos caracterizadores do processo (estágios – ou ainda etapas) da política pública podem ser dispostos de maneira estruturada e sucessivamente, a saber: agenda, elaboração, formulação, implementação (entendida, no contexto, como a fase preparatória para a execução), execução (propriamente dita), acompanhamento e avaliação. Ordinariamente, o termo implementação refere-se ao processo em sua completude.

Importante frisar, este ciclo político é um tanto limitado, repleto de conflitos de interesses, não segue estritamente o cronograma acima desenhado, porém é um bom esboço de como se desenvolve o processo de uma política pública, conforme exemplifica Enrique Saraiva (2006, p. 33-34), a seguir.

Num momento primeiro anuncia-se a agenda: colocação de determinada demanda social (ou não – pois pode tratar-se de um pleito na esfera econômica, internacional, administrativa etc.) na pauta de prioridades da Administração Pública.

A elaboração é o segundo passo dessa jornada. Nesta fase, o problema é identificado como algo merecedor de atuação do poder público, avaliam-se os recursos a serem despendidos e verificam-se as possíveis alternativas a serem dadas para a solução do problema ora em pauta e já delimitado.

O próximo estágio é o da formulação; aqui é definida a possibilidade mais viável à concretização da política, posto que já estabelecidos os objetivos e o marco jurídico, a autorizar sua legitimidade.

A implementação trata, em linhas gerais, da aplicação pela Administração Pública da política previamente formulada. Os resultados extraídos dessa fase repercutem por todo o programa. Verifica-se que, por mais das vezes, esses resultados não condizem com àqueles esperados quando da fase da formulação.

Na execução a política é posta efetivamente em prática, realiza-se. É o ambiente no qual ocorre a transformação daquilo que foi anunciado em resultados concretos. Outros doutrinadores incluem essa etapa como parte da implementação, tal é o caso de Marta Assumpção (2011, p. 51) quando explica que a implementação é o “momento de preparação para colocar as ações do governo em prática”. E segue dizendo:

Contudo, para que isso seja feito de maneira adequada é preciso que a política a ser implementada esteja baseada numa teoria que relacione a causa (do problema) com o efeito desejado (a solução proposta). Os resultados dessa etapa do processo (*outcomes*) constituem-se no impacto do programa ou política implementada.

Cumpra ao acompanhamento ou monitoramento supervisionar a execução da política, fornecer informações adequadas a corrigir imperfeições para a obtenção do resultado pretendido.

Alfim das etapas, a avaliação faz uma análise dos efeitos que a política pública trouxe à sociedade, carrega em si a crítica sobre os benefícios obtidos e revela as falhas cometidas.

Porém, há a necessidade de esclarecer que esse ciclo político apenas oferece um panorama teórico de como se desenvolvem os processos políticos, haja vista que a prática revela situações um tanto distintas do que aqui se mostrou.

Ao estudar esse fenômeno, Klaus Frey (p. 29), faz a seguinte reflexão:

Segundo a concepção do modelo de 'policycycle', o processo de resolução de um problema político consiste de uma seqüência de passos. Mas, na prática, os atores político-administrativos dificilmente se atêm a essa seqüência. Isso vale especialmente para programas políticos mais complexos que se baseiam em processos interativos, cuja dinâmica é alimentada por reações mútuas dos atores envolvidos [...]. Porém, o fato de os processos políticos reais não corresponderem ao modelo teórico não indica necessariamente que o modelo seja inadequado para a explicação desses processos, mas sublinha seu caráter enquanto instrumento de análise.

Evidente está que o processo a envolver política pública é de notória complexidade, nem sempre resolvido de modo a propiciar a resposta mais positiva ao problema político disposto na agenda governamental, de maneira a acomodar aqueles que militam nesta seara, os denominados atores políticos.

Para um pouco além dos conceitos, determinações e processamentos, mostra-se sobremaneira incabível conceber política pública como um insosso discurso permeado pela apatia política e um desenrolar burocrático, destituído de efeito prático.

2.3 Atores da Política Pública

Atores da arena política são aqueles responsáveis pelo processo de realização da política pública. Pode-se inserir nesse campo aqueles cujos interesses serão afetados e que, de alguma maneira, possam vir a interferir na implementação das referidas políticas.

Num primeiro entendimento, avistam-se atores públicos ou privados, e individuais ou coletivos. Todavia, em estima a complexidade das situações a envolver

políticas públicas, um melhor entendimento se faz esclarecedor, neste sentido (RUA, ROMANINI, 2013, p. 12-13):

Os atores políticos são inúmeros e variam segundo cada tipo de política pública no qual estão envolvidos, ou seja, são específicos. Cada ator político pode exibir lógicas próprias de comportamento, interesses próprios e recursos de poder próprios. Por “recursos de poder” entendem-se os variados instrumentos mediante os quais os atores podem tentar influir no curso das decisões e negociar politicamente, como: recursos financeiros, posições de autoridade, capacidade de mobilização política, reputação, vínculos com outros atores relevantes, habilidades estratégicas, conhecimento, informação, etc. A academia frequentemente se refere aos atores políticos como “*stakeholders*”. O termo designa os portadores de um interesse que está a ponto de ser decidido de forma definitiva, e que pode perder ou ganhar, a depender de qual decisão seja tomada.

Após a explanação retro, os atores podem assim ser catalogados:

- Atores privados, assim definidos como os consumidores, empresários, trabalhadores, organizações da sociedade civil (ONGs, sindicatos, entidades de classe), corporações nacionais e internacionais, mídias, igrejas, dentre outros.
- Atores públicos, considerados aqueles que, de fato, decidem acerca da política a ser realizada, tomam a decisão política; por sua vez, encontram-se delineados na forma a seguir: Poder Executivo (aqui se encontra o gestor da coisa pública – gestor público), Poder Legislativo e Poder Judiciário.

Trilhando, ainda, essas considerações (RUA, ROMANINI, 2013, p. 13):

Na esfera das políticas públicas, não se costuma falar em atores políticos em termos gerais e abstratos, haja vista esses atores estarem comumente vinculados a uma determinada área de políticas públicas, a uma questão de políticas ou a uma política pública em si. Acrescenta-se que os atores operam em todo o processo da política pública, guiados por seus interesses e valores, sejam eles quais forem. A menção a atores políticos abarca desde tomadores de decisão até beneficiários e não beneficiários, financiadores, implementadores e fornecedores que participam direta ou indiretamente da política pública. Cumpre salientar que não deve tratar a sociedade e o governo, genericamente considerados, como atores políticos. Como se afirmou, a denominação requer mais detalhamento.

Diante dessas definições e considerações, importa consignar que os interesses pelos quais determinados atores se movimentam mostra claramente a qual seguimento pertencem e qual direito estão a defender ou a perseguir.

São esses os personagens a trafegar pelo tumultuoso cenário da política pública, ao qual se agrega, espancadas quaisquer dúvidas, os movimentos sociais, assim destacados (JACOB, 2000, p. 18):

O Estado não mais vê os movimentos somente como seus adversários, mas legitima suas reivindicações e as inscreve no campo dos direitos. Muitos movimentos apontam, a partir da reposição do coletivo, para uma qualidade diferenciada de participação na gestão da coisa pública, de modo que a representação não resume todo o esforço de organização, mas faz parte do processo pelo qual a população cria as condições para influenciar a dinâmica de funcionamento de um órgão do estado. Assim, os movimentos tornam manifesta uma identidade que se concretiza a partir da construção coletiva de uma noção de direitos que, relacionada diretamente com a ampliação do espaço de cidadania, possibilita o reconhecimento público das carências.

Este mesmo autor exalta a participação social ampliada, ou seja, um instrumento a disposição de grupos sociais mais excluídos “na medida em que a superação das carências acumuladas depende basicamente da interação de agentes públicos e privados no contexto de arranjos sócio-institucionais estratégicos.” (JACOB, 2000, p. 27), que assim continua às fls. 31-32 de seu estudo:

Para tanto é necessário que na sociedade civil surjam interlocutores coletivos – grupos comunitários, movimentos sociais e, na medida do possível, atores sociais desarticulados mas motivados para o engajamento em práticas participativas – que viabilizem uma participação ativa e representativa, sem que o Estado exija nenhum tipo de dependência administrativa ou financeira. (...) A viabilização da participação deve possibilitar, apesar das limitações existentes, uma forma mais direta e cotidiana de contato entre as instituições públicas e os cidadãos, a fim de que seus interesses e concepções político-sociais sejam levados em consideração no processo decisório. [...] O arranjo institucional participativo ampliado se consolida na medida em que viabiliza a capacidade dos grupos de interesse para influenciar, direta ou indiretamente, a formulação de políticas públicas.

Evidentemente, não é o que se enfrenta quando se transpõe a soleira do campo teórico-acadêmico e adensa-se na realidade maltratada. Os excluídos permanecem à distância, a política pública voltada aos desvalidos não tem quase poder de efetivar-se de modo benfazejo.

É quando o mecanismo falha; os atores não desempenham o papel com altivez desejada pelos desfavorecidos; o gestor público atua de forma negligente; constata-se a inação do Poder Público.

Executivo e Legislativo malograram na promessa feita aos cidadãos: a construção de um Estado social voltado ao bem estar de todos. Entra, neste intrincado jogo, outro ator, o Poder Judiciário, protagonista incontestado, no que concerne à efetivação de políticas públicas, sobretudo àquelas destinadas à satisfação dos direitos fundamentais explícitos ou não na Constituição Federal.

Franco Aurélio Brito de Souza (Amaral Junior, 2010, p. 91-92), após historiar os caminhos pelos quais o Estado de Direito no mundo ocidental percorreu, a dizer que

primeiro coube ao Poder Legislativo ser o protagonista, papel este que se transferiu para o Executivo em certo momento, observa que:

Com a edificação do Estado Democrático de Direito, deslocou-se o papel principal para a esfera do Poder Judiciário, o qual trouxe para si o dever (com significativa carga valorativa construtiva) de complementar e adaptar os comandos normativos emanados do Poder Legislativo à realidade socioeconômica da população. E é justamente sob essa perspectiva de considerável expansão do princípio democrático, de positivação de um quadro cada vez mais amplo de direitos fundamentais, de intensa institucionalização do direito na vida social e política e de redefinição das relações entre Poderes que o Judiciário vem assumindo um protagonismo irrefutável, que se descortina o fenômeno da judicialização da política e das relações sociais (sobretudo dos conflitos coletivos).

E assevera:

Enfim, já não mais vigora o tempo do Estado político liberal que se contentava com instituições que tinham atuação meramente formal. Mesmo quando defendiam interesses coletivos, a preocupação era tutelar a liberdade individual frente ao Estado. Nas hodiernas ‘democracias’ ocidentais, globalizadas e economicamente (pós) neoliberais, na proporção em que se eleva a segregação e a desordem social, bem como a sensação de impotência do cidadão e do próprio Estado, as instituições políticas já não são capazes de conduzir exclusivamente o processo de resolução dos grandes conflitos coletivos.

Dessa forma, a construção da cidadania, mediante a implementação de políticas públicas inclinadas à satisfação dos direitos fundamentais sociais, passa, quando desatendidos os critérios de sua execução, necessariamente, desde que provocado, pela apreciação do Poder Judiciário¹.

2.4 Sucintas Palavras a Sintetizar o que Foi Dito

Políticas públicas, conforme verificado, são ações de Estado (com participação de atores distintos) voltadas ao interesse público. Via de regra, é atividade pertinente ao Executivo – gestor público que pratica a governança. Está entendida como a capacidade financeiro-administrativa de implementar (no sentido lato da palavra) e trazer efetividade às decisões políticas. Assumem dimensões amplificadas, quando tratam de interesses afetos à cidadania e às normas programáticas insertas na Constituição de 1988. E bem por isso, as políticas públicas estão intimamente ligadas aos princípios,

¹O princípio da inafastabilidade da jurisdição, art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, assim declara: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

direitos e garantias constitucionais, não cabendo alargamento no grau de discricionariiedade ao gestor público quando de sua efetivação.

3 SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Dos Direitos Humanos (percurso histórico)

Antes de adentrar ao estudo dos direitos fundamentais, importante delinear a evolução dos direitos humanos, seu percurso no caminho dentro da Humanidade até seu desaguar na Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento escrito que positivou referidos direitos, servindo de paradigma às constituições, para o estabelecimento dos direitos fundamentais em seus textos.

Para uma análise mais livre, pode-se pensar em direitos humanos como a identificação de determinados valores (humanos) que haverão de ser reconhecidos e concebidos como condicionantes da existência mesma da raça, pois anteriores aos próprios destinatários – seres humanos.

Valores universais, naturais ou inatos à humanidade. Neste aspecto, independentes de positivação – esta uma concepção mais jusnaturalista, na qual os direitos humanos têm sua legitimidade assegurada, pois independem de positivação.

Porém, também são fenômenos sociais (históricos, jurídicos etc.), passíveis, pois, de serem positivados.

Quanto à denominação, esclarece Carlos Weis (2012, p. 25):

Contudo, tais direitos são denominados *humanos* não em razão de sua titularidade, mas de seu caráter nodal para a vida digna, ou seja, por terem em foco a definição e proteção de valores e bens essenciais para que cada ser humano tenha a possibilidade de desenvolver as suas capacidades potenciais. Seja como for, a essencialidade de tais direitos é seu dado distintivo, na medida em que é geralmente reconhecida a função estruturante que os direitos humanos têm para firmar os limites das demais relações jurídicas estabelecidas entre indivíduo e o Estado, entre os grupos de indivíduos ou, mais recentemente, em relação a todo o gênero humano.

Possuem essa nomenclatura (direitos humanos), então, porque norteadores de uma vida capaz e plena, sejam as pessoas – humanas – consideradas em sociedade, ou grupos, mas principalmente como detentoras de uma humanidade própria (afirmação perante o Estado e perante seu próprio semelhante).

Reconhece-se, doutrinariamente, a classificação dos direitos humanos em três categorias ou gerações de direitos.

A primeira geração dos direitos humanos reporta-se às revoluções burguesas datadas dos séculos XVII e XVIII, alcançando o século XIX. Inspirados pelas ideias liberais, esses direitos, como afirma Dalmo Dallari (2006, p. 209), têm cunho nitidamente individualista, uma vez que com a predominância do liberalismo, assegurou-se a conservação dos direitos daqueles que já os possuíam, deixando ao canto aqueles que não tinham qualquer direito para assegurar – passividade do Estado perante os cidadãos, qual seja, prestação negativa por parte do Estado como forma de garantir a liberdade do indivíduo.

Com a segunda geração, substitui-se ao Estado Liberal o que se convencionou chamar de Estado Social. Neste, há um engrandecimento da presença estatal, intervindo o Poder Público de maneira afirmativa, com o objetivo de assegurar melhores condições de existência às pessoas, condições estas efetivadas por meio de políticas públicas (WEIS, 2012, p. 48).

Os direitos sociais trazem consigo a noção de igualdade material, não mais a igualdade meramente formal. Nesta quadra, impõe-se reduzir as desigualdades, a liberdade só não basta sem condições mínimas de existência.

Passa-se de um não-fazer estatal (prestação negativa para assegurar direitos como a liberdade e a propriedade) a uma obrigação de fazer do Estado: prestar os direitos sociais – entendidos como a saúde, educação, previdência social, segurança pública, lazer, moradia.

Discorrendo sobre a dicotomia entre Estado Liberal e Estado Social, Piovesan (1995, p. 27-28), declara:

Para a doutrina do constitucionalismo liberal, O Estado só poderia ser caracterizado como Estado constitucional se os indivíduos usufruíssem de liberdade, segurança e propriedade e se o poder estivesse distribuído por diversos órgãos. [...] A idéia de estado liberal identificava-se, assim, com a postura individualista abstrata, com o primado da liberdade, da segurança e da propriedade, complementados pela resistência à opressão. Logo, na ótica liberal, a idéia de uma Constituição é de uma garantia. O estado Liberal constitucional é o que entrega à Constituição a salvaguarda da liberdade e dos direitos dos cidadãos. Eis a denominada Constituição Defensiva, típica do Estado Liberal. Se as Constituições Defensivas eram orientadas para a defesa da liberdade social e para a rígida separação entre Estado e sociedade civil, as Constituições do Estado Social apresentam perfil diverso.

Destarte, impõe-se como de sua natureza essencial que o Estado Social tenha seu caráter intervencionista voltado ao dever-fazer, a buscar que o indivíduo, em precisando, encontre-o para que assim possam ser satisfeitas as exigências mínimas

existenciais. Ainda sobre a transposição ora verificada, Piovesan (1995, p. 31), narra a situação em que o Estado Liberal cede sua vez ao Estado Social:

Do Estado Liberal ao Estado Social, o desenvolvimento dos direitos fundamentais faz-se na busca de harmonização entre direitos de liberdades e direitos econômicos, sociais e culturais. Enquanto os direitos constitucionais de índole individualista podem resumir-se num direito geral de liberdade, os direitos de índole social resumem-se num direito geral à igualdade.

Nota-se, pelo teor da transcrição supra, que os direitos humanos são resultados do momento histórico vivenciado, resultam da gestação de conflitos temporais a condicionarem sua concepção.

A terceira geração de direitos humanos (difusos e coletivos) traz os direitos transindividuais. Correspondem a direitos que são de várias pessoas, porém, não pertencem a ninguém apartado dos demais. Têm alcance além e acima do indivíduo unicamente considerado, por isso também recebem as denominações de, respectivamente, metaindividuais e supraindividuais.

São direitos pertencentes a toda Humanidade, tendo como exemplos os direitos ao meio ambiente sadio, à paz, ao desenvolvimento, direitos dos consumidores.

Sintetizando os momentos históricos de cada geração de direitos ou dimensões dos direitos humanos Weis (2012, p. 51-52) traça o seguinte cronograma:

Desta maneira, os direitos de primeira geração seriam aqueles decorrentes do Jusnaturalismo racional, cujo pensamento influenciou as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, fazendo com que seu conteúdo privilegiasse as liberdades individuais, concebidas em função do ser humano abstrato, descontextualizado. De outro lado, à segunda geração corresponde outro momento histórico, o do florescimento dos movimentos de cunho social, preconizando a necessidade de intervenção do Estado como agente de transformação da realidade de grandes grupos da sociedade – do que decorre a ênfase nos direitos coletivos, próprios de seres humanos concretos e situados.

[...]

À chamada *terceira geração* ainda não ocorreu a consolidação de uma designação mais precisa, daí por que aqui se adota a denominação de “direitos humanos globais”, havendo quem se refira a “direitos humanos de solidariedade”, uma vez que dizem respeito às condições de sobrevivência de toda a Humanidade e do Planeta em si considerado, englobando a manutenção da biodiversidade, o desenvolvimento sustentado, o controle da temperatura global e da integridade da atmosfera, além dos consagrados direitos à paz, à autodeterminação dos povos etc.

Importante deixar consignado que há autores que aludem a uma quarta geração de direitos humanos. Bobbio (1992, p. 6) relata o fato das pesquisas biológicas com implicações que permitirão manipular o patrimônio genético de cada pessoa e dos seres

em geral. Ou seja, para Bobbio são direitos de quarta geração aqueles envolvidos com a engenharia genética.

3.2 Normatização dos Direitos Humanos

Fato relativamente recente na história, mas não sem precedentes assemelhados (Declarações americana e francesa), a positivação dos direitos humanos tem seu desenlace com a proclamação, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 10.12.1948.

Na visão de Weis (2012, p. 26) é com a Declaração de 1948 que começou a se definir um novo ramo para o direito público internacional, o denominado direito internacional dos direitos humanos, e que por suas características peculiares vem ganhando reconhecida autonomia. Segue o autor dizendo que o direito internacional dos direitos humanos tem como principal objetivo estipular e materializar os direitos inatos à dignidade humana, fazendo com que os Estados assumam o polo passivo da relação jurídica, passando o ser humano a ter, a partir de então, seus direitos positivados.

Para Canela Junior (2009, p. 22), toda interpretação que se dê aos direitos humanos deve estar em consonância com os princípios contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo que os modelos anteriormente positivados que não se harmonizarem com os preceitos nela insertos contrariam o novo sistema ético de referência universal.

Precedidos de um preâmbulo, os trinta artigos da Declaração enumeram e proclamam os direitos humanos fundamentais, positivando-os.

Acerca do teor desses artigos, trilharam-se os ensinamentos de Dalmo de Abreu Dallari (2006, p. 213), assim expostos:

O exame dos artigos da Declaração revela que ela consagrou três objetivos fundamentais: a *certeza* dos direitos, exigindo que haja uma fixação *prévia* e *clara* dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições; a *segurança* dos direitos, impondo uma série de normas tendentes a garantir que, *em qualquer circunstância*, os direitos fundamentais serão respeitados; a *possibilidade* dos direitos, exigindo que se procure assegurar a *todos* os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos, não permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da afirmação de igualdade de direitos onde grande parte do povo vive em condições subumanas.

Porém, prossegue o autor, linhas abaixo, a definir que o problema a ser solucionado é dar eficácia às normas da Declaração de Direitos. Para tal mister tem a Organização das Nações Unidas (ONU) empreendido esforços, no sentido de aprovar inúmeros documentos, estabelecendo mais precisamente os direitos das pessoas segundo suas especificidades (direito/proteção da mulher, deficiente, criança e adolescente dentre outros).

Nesta quadra, é de extrema importância assinalar a grandeza dos Pactos de Direitos Humanos, a saber, o Pacto de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos aprovados pela Assembleia Geral, em Nova York, em 16.12.1966.

No campo regional, a Europa aprovou, em 04.11.1950, a Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que instituiu dois órgãos para garantir a aplicação dos compromissos regulamentados pela Convenção: uma Comissão Europeia de Direitos do Homem e um Tribunal Europeu de Direitos do Homem.

No continente americano houve a aprovação, em 22.11.1969, da Convenção Americana de Direitos Humanos, denominada de Pacto de San José da Costa Rica, instituindo-se a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. No Brasil a Convenção entrou em vigor somente no ano de 1992.

Diante de todo esse panorama percorrido pela Humanidade até a positivação dos direitos humanos, eis a feliz narrativa de Norberto Bobbio (1992, p. 30):

Com a Declaração de 1948, tem início a terceira e última fase, *na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva*: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais proclamados ou idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. No final deste processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos do homem. Ou, pelo menos, serão os direitos do cidadão daquela cidade que não tem fronteira, porque compreende toda a humanidade.

Prossegue, contemplando a evolução desses direitos ao longo da história:

Somos tentados a descrever o processo de desenvolvimento que culmina da Declaração Universal também de um outro modo, servindo-nos das categorias tradicionais do direito natural e do direito positivo: os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena

realização como direitos positivos universais. A Declaração contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais.

E deixa a seguinte lição à humanidade (p. 24-25):

O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.

[...]

Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam violados.

Assim, há que se perseguir de maneira obstinada a efetiva aplicação dos direitos humanos, visto que fundamentais à existência humana com dignidade. Construir uma sociedade com menos desigualdades, tendo como amparo os direitos positivados na Constituição Federal é fazer com que esses direitos extrapolem os enunciados meramente burocráticos, vazando para a realidade desamparada.

3.3 Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988

Impende, como primeiras palavras, fazer a necessária distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais.

Há muito que a doutrina fixou entendimento de que a expressão direitos humanos é cabível no âmbito afeto ao direito internacional. Já a locução “direitos fundamentais” cuida dos direitos positivados em uma Carta Política.

Fábio Konder Comparato (2010, p. 70-71) elucida a questão nos seguintes termos:

É aí que se põe a distinção, elaborada pela doutrina jurídica germânica, entre direitos humanos e direitos fundamentais (*Grundrechte*). Estes últimos são os direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais.

Direitos Humanos, na ótica de José Afonso da Silva (2014, p. 178 e 180), é expressão preferida nos documentos internacionais, sendo que “direitos fundamentais do homem” constituiria expressão mais adequada ao estudo do direito positivado em

Constituições, informando a ideologia política de cada ordenamento jurídico, sendo reservada (a expressão “direitos fundamentais”) para designar, no próprio direito positivo, prerrogativas e instituições garantidoras da vida digna, livre e igual de todas as pessoas.

Os direitos fundamentais, nessa concepção, são aqueles constitucionalmente tutelados, garantidos no plano interno de cada Estado, são recursos que os indivíduos possuem para fazer frente ao Estado e à maioria democrática. Invocá-los significa poder se valer dessa garantia para receber a proteção neles estampada, o resguardo da dignidade da pessoa, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil².

Estabelece-se, destarte, que os direitos humanos referidos na Carta Constitucional ficam designados como “direitos fundamentais”.

Pois bem, seguindo as lições de José Afonso da Silva (2014, p. 182), direitos fundamentais são direitos constitucionais porque inseridos no texto de uma constituição, têm seu fundamento na soberania popular, a cuja titularidade do poder constituinte lhe pertence.

A Constituição fixa ao Estado à efetivação dos direitos e garantias, tratando-se, pois, de uma relação jurídica na qual o indivíduo é portador de direitos subjetivos perante este Estado, ao mesmo tempo em que impõe limites ao poder público. E ao incorporar e reconhecer em seu texto direitos subjetivos do homem, a Constituição subtrai este reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário (MORAES, 2006, p. 25).

Os direitos fundamentais não se restringem aos incisos do art. 5º do texto constitucional, estando ao longo de sua estrutura, sendo expressos ou decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou em decorrências de tratados internacionais de que o Brasil seja parte (LENZA, 2012, p. 957).

É o que ocorre, por exemplo, com a maioria penal. Atualmente, muito se debate sobre a possibilidade de redução da maioria penal (via proposta de emenda

² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

constitucional), embora o texto constitucional seja expresso ao garantir o direito à inimizabilidade penal aos menores de 18 (dezoito anos) ³.

É que sendo direito fundamental, albergado no texto da constituição, tal garantia se insere como cláusula pétrea⁴, impossível, pois, deliberação tendente a abolir ou restringir referido direito. Fala-se, neste particular, de núcleo essencial ou núcleo intangível da Constituição, a afastar a possibilidade de manipulação de seu conteúdo pelo poder constituinte de reforma.

Quanto à eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais, a Lei Maior prescreve que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, § 1º). Porém, a própria Constituição faz depender de legislação superveniente a aplicabilidade de determinadas normas fundamentais (SILVA, 2014, 183).

Contudo, argumenta Osvaldo Canela (2009, p. 43), para quem:

Além de irrevogáveis e acumuláveis, os direitos fundamentais constituem uma integralidade, destinada à salvaguarda da dignidade humana. A manutenção da integralidade dos direitos fundamentais é condição indispensável para a garantia da dignidade da pessoa humana. Logo, a admissão de que determinados direitos fundamentais, sobretudo os sociais, não possuem plena eficácia representa a declaração de que o cidadão brasileiro não possui o direito à integralidade da dignidade humana. É o reconhecimento, absolutamente equivocado, de que as formas de expressão do poder estatal dispõem de faculdade de, arbitrariamente, eleger os direitos fundamentais que farão parte do patrimônio jurídico do cidadão.

Ainda na linha de raciocínio desenvolvida pelo autor, o direito fundamental garantido em nada se confunde com os mecanismos de que dispõe o poder público para efetivá-los (2009, p. 46):

Como os direitos fundamentais constituem uma integralidade, é logicamente incompatível a conclusão de que os direitos fundamentais sociais não possuem plena eficácia, ou aplicabilidade imediata. Um dos argumentos utilizados é a referência, pela Constituição de uma norma integradora, o que limitaria a eficácia de determinados direitos fundamentais em especial os sociais.

³ Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

⁴ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV - os direitos e garantias individuais.

O autor rechaça o raciocínio posto ao indicar que sobreditas normas integradoras nada mais são que as políticas públicas a serem implementadas para a consecução imediata dos demandados direitos fundamentais sociais. Assim, uma vez ferido o direito subjetivo à efetivação de algum dos direitos fundamentais, nasce a possibilidade de reivindicá-los por via jurisdicional.

Dessa forma, todos os direitos fundamentais, mesmo aqueles a quem a doutrina empresta eficácia limitada e aplicabilidade indireta, haverão de ser reivindicados e, quando não atendidos pela Administração Pública, absolutamente passível sua tutela ser satisfeita pelo Poder Judiciário.

Contudo, para que fique bem assentado, os direitos fundamentais apesar de toda carga de grandiosidade que carregam não são absolutos. Não há direito absoluto, nem o direito a vida o é, posto que encontra exceção no próprio texto constitucional⁵.

Os direitos humanos, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (*Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas*). (MORAES, 2006, p. 27-28).

Ocorre que, por óbvio, estas limitações também não têm caráter absoluto, não podem ser usadas pelo poder público à guisa de restrições inconstitucionais. O que se demonstra é que, a par da relatividade dos direitos fundamentais, não há que se falar em “restrições absolutas”.

Ditas e referidas limitações se dão quando em conflito dois enunciados normativos de grandeza constitucional, em que o intérprete deverá lançar mão de técnicas de ponderação entre princípios colidentes, a fim de, assegurando a supremacia da constituição, encontrar a norma que traga estabilidade aos princípios conflitantes.

Desta feita, na clara lição ministrada por Lenza (2012, p. 157):

Partindo da ideia de unidade da Constituição, os bens jurídicos constitucionalizados deverão coexistir de forma harmônica na hipótese de eventual conflito ou concorrência entre eles, buscando, assim, evitar o sacrifício (total) de um princípio em relação a outro em choque. O

⁵ Art. 5º, XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

fundamento da ideia de concordância decorre da inexistência de hierarquia entre os princípios.

A seguir, jurisprudência adstrita à colisão de direitos fundamentais, de relevante conteúdo para sedimentação do tema:

BRASIL. STJ. AGRHC 201303479002 – AGRHC - AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – 279813. Relator: OG FERNANDES. Sigla do órgão: STJ. Órgão julgador: SEGUNDA TURMA. Fonte: DJE DATA: 22/11/2013.

Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. SERVIDORES EM GREVE. DIREITO DE IR E VIR E DE MANIFESTAÇÃO. OBEDIÊNCIA A LIMITES MORAIS E JURÍDICOS. LIMITAÇÃO DAS MANIFESTAÇÕES A MAIS DE 200 METROS DE REPARTIÇÕES PÚBLICAS, PARA EVITAR DANO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. RAZOABILIDADE. 1. Agravo regimental interposto contra decisão denegatória de pedido de liminar em habeas corpus coletivo, com pedido de liminar, impetrado em favor de integrantes da Polícia Civil e Servidores da Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Norte, em oposição a ato do Presidente do respectivo Tribunal de Justiça, que determinou medidas para que os dirigentes e sindicalizados do SINPOL, em greve, não se aproximassem a menos de 200 metros de órgãos da segurança pública, sob pena de multa. 2. Compete às Turmas que integram a Primeira Seção julgar a impetração nos termos dos arts. 9º, §1º, incs. XII e XIII, e 13, inc. I, do RISTJ. 3. Da análise dos autos, em sede de cognição sumária, não se verifica manifesta ilegalidade a ensejar o deferimento da medida de urgência, uma vez que o indigitado constrangimento não se revela de modo evidente. 4. **Com efeito, os direitos fundamentais entre os quais os de ir e vir e de manifestação não são absolutos, mas, sim, relativos, devendo obedecer a limites morais e jurídicos. Precedente: STF, HC 82.424/RS, Relator para o Acórdão Ministro Maurício Corrêa, Pleno, DJ 19/3/2004.** 5. O ato apontado coator não proíbe, de modo peremptório, passeatas, reuniões ou manifestações do Sindicato que congrega os pacientes, mas apenas impõe limites constitucionalmente admitidos, para evitar dano ao patrimônio público, razão pela qual não se vislumbra, ao menos em juízo de prelibação, os requisitos para a concessão da medida de urgência. 6. Mantida, por seus próprios fundamentos, a decisão impugnada. 7. Agravo regimental a que se nega provimento. Data da Decisão: 05/11/2013. Data da Publicação: 22/11/2013. (sem grifo no original).

De absoluto relevo o julgado do STF, emblemático, da lavra do Senhor Ministro Marco Aurélio sobre a possibilidade de interrupção da gravidez quando constatada a anencefalia do feto – embate sobre direito à vida, liberdade da mulher, dignidade da pessoa humana. Proferido na ADPF 54/DF – Distrito Federal, julgamento que se deu em 12/04/2012 (Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO. DJE-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013), cuja ementa transcreve-se:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME –

INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Assim é que, aliado à técnica da ponderação, utiliza-se o princípio da proporcionalidade/razoabilidade, bem como regra de interpretação para dirimir conflitos entre direitos fundamentais. E esses conflitos existem porque a Constituição traz, em seu bojo, a proteção de vários bens jurídicos, conforme explica Moraes (2006, p. 9):

O conflito entre direitos e bens constitucionalmente protegidos resulta do fato de a Constituição proteger certos bens jurídicos (saúde pública, segurança, liberdade de imprensa, integridade territorial, defesa nacional, família, idosos, índios etc.), que podem vir a envolver-se numa relação de conflito e colisão. Para solucionar-se esse conflito, compatibilizando-se as normas constitucionais, a fim de que todas tenham aplicabilidade, a doutrina aponta diversas regras de hermenêutica constitucional em auxílio ao *intérprete*.

Retomando rapidamente o direito internacional, segue que, conforme entendimento consolidado pelo STF, os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos, se não aprovados nos moldes do art. 5, § 3º da CF⁶ (incluído pela emenda constitucional 45/2004) terão caráter suprallegal⁷.

3.4 Supremacia da Constituição

A ideia de supremacia da Constituição relaciona-se, a princípio, com a rigidez que lhe é inerente, com a complexidade do processo legislativo para alterá-la.

A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o *princípio da supremacia da constituição* que, no dizer de Pinto Ferreira, “é reputado como pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”. Significa que a

⁶ § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

⁷ Em julgamento proferido pelo STF no RE 349703: PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo suprallegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.

constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas. (SILVA, 2014, p. 47).

A Constituição brasileira é rígida, diante das regras procedimentais solenes de alteração previstas em seu art. 60⁸.

Fato é que, da supremacia da Constituição exsurge o condicionamento das demais normas integrantes do ordenamento jurídico nacional ao que ela determina. Dessa forma, lei ou mesmo política pública em desacordo com o texto constitucional sofrerá um controle sobre sua constitucionalidade.

Sobre a aludida superioridade, assim deixa bem definido Luís Roberto Barroso (2009, p. 82) ao dizer que:

A Constituição é, portanto, dotada de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema e, como consequência, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível. Para assegurar essa supremacia, a ordem jurídica contempla um conjunto de mecanismos conhecidos como *jurisdição constitucional*, destinados a, pela via judicial, fazer prevalecer os comandos contidos na Constituição. Parte importante da jurisdição constitucional consiste no *controle de constitucionalidade*, cuja finalidade é declarar a invalidade e paralisar a eficácia de atos normativos que sejam incompatíveis com a Constituição.

Trata-se, pois, da compatibilidade vertical das normas inferiores, relativamente ao comando constitucional, ou seja, estando a constituição no topo do ordenamento, as leis ou atos normativos em desacordo com a regra que se sobressai às demais deverão ser extirpados do sistema, por meio do já citado controle de constitucionalidade.

Frise-se, o sistema brasileiro admite o controle da inconstitucionalidade quer seja inconstitucionalidade por atuação, quer seja por inação.

⁸ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

Ao discorrer sobre o assunto, José Afonso da Silva (2014, p. 48) lembra que sendo a Constituição Federal rígida, as normas integrantes da ordem jurídica só terão validade se se amoldarem ao que for ditado pela Constituição, sendo que:

O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional.

O Brasil adota tanto o controle da constitucionalidade por meio difuso, via de exceção (aplicado em casos concretos de modo incidental ao objeto principal da demanda), quanto o controle concentrado, a seguir descrito.

Em seu estudo Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) (p. 9), Luís Roberto Barroso informa que no sistema adotado pelo Brasil o STF exerce o controle de constitucionalidade nas ações de sua competência originária, também por meio do recurso extraordinário e em processos objetivos, quais sejam, ação direta de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade, e a inconstitucionalidade por omissão. Informa, outrossim, que subsistem duas outras modalidades de ação: a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação direta interventiva.

Ilustrando a assertiva, Lenza (2012, p. 286) assim demarca, no texto maior, e no regramento ordinário, em esquema muito interessante e didático, as ações que se desenvolvem no âmbito do controle concentrado:

- **ADI** — Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica – art. 102, I, “a” e Lei n. 9.868/99;
- **ADPF** — Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – art. 102, § 1.º e Lei n. 9.882/99;
- **ADO** — Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – art. 103, § 2.º e Lei n. 12.063/2009;
- **IF— Representação Interventiva** (ADI Interventiva) – art. 36, III, c/c art. 34, VII e Lei n. 12.562/2011; e
- **ADC** — Ação Declaratória de Constitucionalidade – art. 102, I, “a” e Lei n. 9.868/99

Eis, pois, todo o aparato de que dispõe a Constituição para fazer valer a sua supremacia na ordenação jurídica pátria, superioridade que deve ser reafirmada a cada dia pelo intérprete do direito, assim sintetizada por Barroso (op. cit. p. 28):

Em suma: a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.

E é sob este parâmetro que se verificará a conformação das políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos fundamentais sociais com os preceitos da Carta Maior e o papel cabível ao Judiciário nesta efetivação.

4 O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

4.1 A Clássica Separação dos Poderes

Princípio constitucionalmente consagrado⁹, a separação de poderes remonta ao pensamento de Montesquieu, ao renovar ideais já haviam muito formuladas – Aristóteles fez um esboço de tripartição dos poderes. Na obra *O Espírito das leis*, Montesquieu aborda o exercício de três funções reservadas ao Estado – legislativa, executiva e judiciária, cada qual sendo exercida por órgãos distintos, longe das mãos de um único soberano.

O brilhantismo da obra de Montesquieu (1779) reside no princípio que estruturou um sistema de divisão de poderes entre os papéis da sociedade da época. Enfatiza que o poder político não deveria se assentar nas mãos de uma única classe social.

[...]

Os dados históricos mostram que Montesquieu não criou ou inventou algo inédito, mas apenas fez uma sistematização coerente e executável a partir de uma lógica, na qual se atribuem funções políticas a distintas pessoas. Como consequência aparecem limitações de poder entre si, que se distribuem entre órgãos de um todo (Estado). (MACHADO, 2011, p. 85-86).

Abre-se espaço ao Estado liberal e ao seu modo de governar (constitucionalismo liberal). Estado avesso ao absolutismo.

Assegura-se a liberdade individual (primeira dimensão dos direitos fundamentais). As liberdades negativas vêm proteger o cidadão das injunções do Estado.

Este é o contexto histórico e fático conformador do princípio da separação dos poderes.

É importante assinalar que essa teoria teve acolhida e foi consagrada numa época em que se buscavam meios para *enfraquecer* o Estado, uma vez que não se admitia sua interferência na vida social, a não ser como vigilante e conservador das situações estabelecidas pelos indivíduos. (DALLARI, 2006, p. 216).

⁹ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Cria-se um mecanismo de controle recíproco entre os poderes, a famosa teoria dos freios e contrapesos, reconhecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos termos seguintes:

BRASIL. STF. ADI-MC 1905 – ADI – MC – MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE. Sigla do órgão. STF.

EMENTA: **Separação e independência dos Poderes: freios e contra-pesos:** parâmetros federais impostos ao Estado membro. I. Os mecanismos de controle recíproco entre os Poderes, os "**freios e contrapesos**" admissíveis na estruturação das unidades federadas, sobre constituírem matéria constitucional local, só se legitimam na medida em que guardem estreita similaridade com os previstos na Constituição da República: precedentes. II. Conseqüente plausibilidade da alegação de ofensa do princípio fundamental por dispositivos da L. est. 11.075/98-RS (inc. IX do art. 2º e arts. 33 e 34), que confiam a organismos burocráticos de segundo e terceiro grau do Poder Executivo a função de ditar parâmetros e avaliações do funcionamento da Justiça: medida cautelar deferida¹⁰.(sem grifo no original).

Ainda sobre a clássica teoria dos freios e contrapesos e o modelo clássico de separação entre os poderes:

Saliente-se que, ao lado do princípio da divisão de funções, opera-se o sistema de freios e contrapesos: o Executivo participa do Legislativo (mediante o veto e pela mensagem), e no Judicial (mediante o direito de perdão). Por sua parte, o direito do executivo, no preenchimento de cargos públicos e na ratificação de tratados, precisa de consentimento do Legislativo (que também desempenha função judicial, nos casos de juízo político), ao mesmo tempo em que, dentro dos limites constitucionais, compete-lhe a organização judicial. Finalmente, os tribunais têm a faculdade de estabelecer suas próprias regras.

É nesse sistema de divisão de funções, como também no modelo constitucional, que a maioria das democracias latino-americanas, inclusive a do Brasil, se espelhou. (MACHADO, 2011, p. 88).

Observa-se que nesse modelo (tradicional) nada se menciona acerca da competência do Judiciário para rever políticas públicas, ou demais atos administrativos dos outros poderes.

Porém, com a alteração da paisagem histórica, a substituição do Estado Liberal pelo Estado Social, surge, premente, a necessidade de revisitar tal princípio que, para muitos estudiosos, tem se tornado um dogma a ser ultrapassado, deixado no passado a lembrar seus instantes de grandiosidade. Há críticas contundentes, quanto a sua manutenção no texto constitucional.

Este princípio – que nas origens de sua formulação foi, talvez, o mais sedutor, magnetizando os construtores da liberdade contemporânea e

¹⁰ Julgado extraído do site Jurisprudência Unificada: <https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta> . Acesso em: 11/01/2015.

servindo de inspiração e paradigma a todos os textos de Lei Fundamental, como garantia suprema contra as invasões do arbítrio nas esferas da liberdade política – já não oferece, em nossos dias, o fascínio das primeiras idades do constitucionalismo ocidental.

Representou seu papel histórico. O constitucionalismo democrático tem por ele a mais justa e irredimível dívida de gratidão. Merece, com efeito, a homenagem e o reconhecimento dos que, na doutrina política, consagram sua luta aos ideais de liberdade e democracia. Ajudou a implantar na consciência ocidental o sentimento valorativo dos direitos e garantias individuais, de que foi, no combate aos déspotas do absolutismo, a arma mais eficaz. (BONAVIDES, 2007, p. 64).

Ante as prestações negativas dos direitos fundamentais de primeira dimensão e as reivindicações sociais e positivas dos direitos implantados posteriormente, há que se compreender mesmo certo caráter obsoleto ao princípio da separação de poderes. Mesmo que não preveja uma “divisão” rígida das funcionalidades do Estado – então haveria flexibilização e interpenetração entre as atividades exercidas pelos poderes constituídos.

Na verdade, as próprias exigências de efetiva garantia de liberdade para todos e de atuação democrática do Estado requerem deste maior dinamismo e a presença constante na vida social, o que é incompatível com a tradicional separação dos poderes. É necessário que se reconheça que o dogma da rígida separação formal está superado, reorganizando-se completamente o Estado, de modo a conciliar a necessidade de eficiência com os princípios democráticos. (DALLARI, 2006, p. 223).

Não há, pois, como afastar o reconhecimento de que o princípio da separação dos poderes não encontra, nos moldes clássicos ainda vicejados, alicerce na nova construção do direito como amparo à efetivação das políticas públicas envolvidas com a efetivação dos direitos fundamentais.

Também não se fala em sobreposição de Poderes, mas as tintas com que se pintam o quadro atual e vindouro mostram o gosto do artista em carregar as cores, na tela, de uma tendência ademais judicializada. Dessa maneira, há que se asseverar que à atividade jurisdicional não cabe meramente ser a *bouche de la loi*.

4.2 Discrecionabilidade e Mérito no Ato Administrativo

A Administração Pública pode ser vista como o conjunto de instituições que exercem a atividade administrativa, ou seja, desempenham função administrativa, gerando decisões políticas.

Certo é, a toda força, que essa atividade está vinculada aos princípios à Administração Pública elegidos pela Constituição Federal¹¹.

Pelo princípio da legalidade o atuar administrativo está vinculado à lei. Diferentemente do que ocorre ao particular – que pode tudo o que a lei não obstrua, a Administração Pública somente pode agir nos casos em que houver autorização legal para tanto.

E a atuação do poder público se dá por meio de atos administrativos, desse modo, onde houver Administração Pública, haverá, necessariamente, atos administrativos.

Ato administrativo é uma afirmação do Estado – neste aspecto unilateral, que no exercício de prerrogativas públicas a ele conferidas pela lei, declara-se por meio de comandos expedidos a título de dar cumprimento às suas manifestações, sujeitos a revisão jurisdicional. (Mello, 2007, p.372).

Os elementos do ato administrativo encontram-se positivados na Lei nº 4.717/1965 (Lei da ação popular):

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
- e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

¹¹Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...

Portanto, os elementos do ato administrativo são: competência, forma, objeto, motivo e finalidade.

Por seu turno, o mérito do ato administrativo diz respeito a um tanto residual permitido em lei para que o gestor público possa decidir, segundo critérios de conveniência e oportunidade, dentre diversos caminhos, aquele que se constate o mais adequado a ser trilhado pela Administração em favor dos administrados.

Esse *quantum* residual seria o que se denomina discricionariedade no ato administrativo, este sempre vinculado.

Já se tem reiteradamente observado, com inteira procedência, que não há *ato propriamente discricionário*, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, conforme afirma a doutrina prevalente, será sempre vinculado com relação ao *fim* e à *competência*, pelo menos. Com efeito, a lei sempre indica, de modo objetivo, quem é competente com relação à prática do ato – e aí haveria inevitavelmente vinculação. Do mesmo modo, a finalidade do ato é sempre e obrigatoriamente um interesse público, donde afirmarem os doutrinadores que existe vinculação também com respeito a este aspecto. (MELLO, 2007, p. 414).

Conforme ressalta o autor, a doutrina predominante entende pela insubsistência de ato absolutamente discricionário. Há, contudo, parecer consideravelmente notável e deferente em sentido diverso.

Resumidamente, afirma-se que o mérito é o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência e oportunidade; só existe nos atos discricionários. Seria um aspecto do ato administrativo cuja apreciação é reservada à competência da Administração Pública. Daí a afirmação de que o Judiciário não pode examinar o mérito dos atos administrativos. Trata-se de vocábulo consagrado no Direito brasileiro e que, durante muito tempo, tem servido de palavra mágica que detém o controle do Poder Judiciário sobre os atos da Administração. Sempre se relacionou o mérito com a discricionariedade administrativa, pois aquele só existe onde esta está presente. (Di Pietro, 2014, p. 226).

Porém, seguindo as lições do mestre:

Em suma: discricionariedade é liberdade *dentro da lei*, nos limites da norma legal, e *pode ser definida como*: “A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal”. (MELLO, 2007, p. 416).

Compartilhando desta base, respeitabilíssima jurisprudência a seguir colacionada que, *mutatis mutandis*, à discussão se aplica:

BRASIL. STJ. AGRESP 200801977354 AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – 1087443. Relator MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Sigla do órgão: STJ. Órgão julgador: QUINTA TURMA. Fonte: DJE. DATA: 11/06/2013.

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROFESSOR UNIVERSITÁRIO. LICENÇA PARA TRATAR DE INTERESSE PARTICULAR. ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO. REVISÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. 1. Embora, em regra, não seja cabível ao Poder Judiciário examinar o mérito do ato administrativo discricionário - classificação na qual se enquadra o ato que aprecia pedido de licença de servidor para tratar de interesse particular -, não se pode excluir do magistrado a faculdade de análise dos motivos e da finalidade do ato, sempre que verificado abuso por parte do administrador. 2. **Diante de manifesta ilegalidade, não há falar em invasão do Poder Judiciário na esfera Administrativa, pois é de sua alçada o controle de qualquer ato abusivo, não se podendo admitir a permanência de comportamentos administrativos ilegais sob o pretexto de estarem acobertados pela discricionariedade administrativa.** 3. No caso dos autos, os motivos elencados pela Administração na recusa de licença ao professor universitário para tratar de interesse pessoal eram inidôneos, pois se apoiaram em elementos inverossímeis, sendo ausente, ademais, eventual prejuízo ao interesse público. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. Data da Decisão: 04/06/2013. Data da Publicação: 11/06/2013. (sem grifo no original).

BRASIL. STJ. AARESP 201001788820 AARESP - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – 1213843. Relator: NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. Sigla do órgão: STJ. Órgão julgador: PRIMEIRA TURMA. Fonte: DJE. DATA: 14/09/2012.

Ementa: ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXAME DA OAB. REVISÃO DE QUESTÃO SUBJETIVA REFERENTE À SEGUNDA FASE. LIMINAR CONCEDIDA E CONFIRMADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ALEGAÇÃO DE INCURSÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CHAMADO MÉRITO ADMINISTRATIVO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL PROFERIDA HÁ MAIS DE 6 ANOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO PODER PÚBLICO E A QUEM QUER QUE SEJA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A existência de situação consolidada ex ope temporis, há mais de seis anos, impõe que seja mantido o acórdão do Tribunal de origem, que determinou a revisão da pontuação na prova prático-profissional da ora agravada, com a consequente tramitação de seu exame da Ordem, com a nota revisada, de sorte que a parte originalmente beneficiada pela medida judicial, não seja prejudicada pela posterior desconstituição da decisão que lhe conferiu o direito pleiteado inicialmente, quando se verifica que a manutenção do ato em nada prejudicará o Poder Público, ou quem quer que seja. 2. Na presente situação, não há negar que o préstimo da jurisdição produz efeitos consistentes, que somente devem ser desconstituídos se a sua manutenção lesar gravemente a parte desfavorecida ou a ordem jurídica; não se afastam os efeitos da decisão quando não presentes essa lesão ou essa ameaça de lesão. 3. **Outrossim, a antiga doutrina que vedava ao Judiciário analisar o mérito dos atos da Administração, que gozava de tanto prestígio, não pode mais ser aceita como dogma ou axioma jurídico, eis que obstaria, por si só, a apreciação da motivação daqueles atos, importando, ipso facto, na exclusão apriorística do controle dos desvios e abusos de poder, o que seria incompatível com o atual estágio de desenvolvimento da Ciência Jurídica e do seu propósito de estabelecer**

controles sobre os atos praticados pela Administração Pública, quer sejam vinculados (controle de legalidade), quer sejam discricionários (controle de legitimidade). 4. Agravo Regimental da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional do Paraná desprovido. Data da Decisão: 28/08/2012. Data da Publicação: 14/09/2012. (sem grifo no original).

Desta feita, albergando neste estudo a tese de que a discricionariedade é integrante do ato, sendo este sempre de alguma forma vinculado, cumpre analisar a possibilidade de o Judiciário imiscuir-se no mérito do ato “discricionário”.

A discricionariedade se insere na esfera de conveniência e oportunidade do gestor público.

Relativamente aos elementos, onde mais comumente se localiza a discricionariedade é no motivo e no conteúdo do ato. (DI PIETRO, 2014, p. 224).

A discricção é posta ao administrador porque o legislador não tem o condão de prever todas as situações plausíveis de acontecimento e levá-las à ordenação jurídica. Se assim o fosse, paralisaria a Administração, haja vista que não haveria escolhas para uma situação concreta.

Todavia, a atuação discricionária deve atentar-se e vir ao encontro da solução (dentre as soluções) mais pertinente ao caso fático; sopesando que uma possibilidade de atuação discricionária não importa, necessariamente, em comportar-se discricionariamente.

E quando o comportamento discricionário do gestor público ferir o alcance que o legislador quis dar à norma, apreciável e lúdica se torna a intervenção do Poder Judiciário para dirimir eventual conflituosidade entre a discricção e a determinação do ato normativo.

A lei, então, vaza sempre, nas palavras de que se vale, o intento inequívoco de demarcar situações propiciatórias de certos comportamentos e identificar objetivos a serem implementados. É esta, aliás, sua razão de existir. Salvo disparatando, não há fugir, pois, à conclusão de que ao Judiciário assiste não só o direito mas o indeclinável dever de se debruçar sobre o ato administrativo, praticado sob título de exercício discricionário, a fim de verificar se se manteve ou não fiel aos *desiderata* da lei; se guardou afinamento com a significação *possível* dos conceitos expressados à guisa de pressuposto ou de finalidade da norma ou se lhes atribuiu inteligência abusiva. (MELLO, 2007, p. 942).

Assim como ao Judiciário compete fulminar todo comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária. (MELLO, 2007, p. 946).

A todo juízo, que fique bem sedimentado que não está a retirar da Administração Pública seu poder de discricionariedade, no que tange a determinados atos que por ela haverão de ser praticados. O que fica posto e exposto é que não há como refugir ao controle jurisdicional, sob a argumentação que, por ser o ato discricionário seria imune ao referido controle.

E, ainda, amparado no judicioso e sensato ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 958-959):

Por derradeiro: se a lei não expressou o motivo legal justificador do ato, cabe, ainda, ao Judiciário investigar se há ou não correlação lógica entre os suportes materiais do ato e o conteúdo idôneo para o atendimento dos fins que a lei elegera como perseguíveis no caso.

Todo esse procedimento é não apenas um direito que assiste ao Judiciário, mas, sobretudo, um dever indeclinável, porque corresponde exata e até literalmente à dicção do Direito no caso concreto. É o meio específico e próprio de identificar os confins da liberdade administrativa e assegurar o princípio da legalidade, noção cardeal do Estado de Direito. Ademais, representa a expressão concreta de dois outros princípios magnos: o de ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de ato fundado precedentemente em lei e o de nenhuma lesão de direito individual pode ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário.

Imperioso assinalar, a atuação do Poder Judiciário, como anteriormente dimensionado, não subtrai à Administração Pública, e ao gestor público especialmente considerado, o dever-poder de desempenho eficiente na margem discricionária, no campo das escolhas subjetivas, quando o regramento normativo assim facultar.

Tudo do que aqui esposado referente ao ato administrativo servirá de baliza à análise, *mutatis mutandis*, do controle jurisdicional realizado nas políticas públicas, a seguir.

4.3 Constituição: Fundamento do Controle

Para que a sociedade brasileira pudesse reconstruir-se, justa e solidariamente, desenvolvendo-se nacional e regionalmente, reduzindo as desigualdades sociais por meio da erradicação da pobreza, promovendo, desta maneira o bem de todos, sem preconceito de qualquer natureza (sexo, raça, origem, cor, idade, dentre outros) necessário foi traçar objetivos e dotá-los de carga normativa.

Pois bem, a Constituição Federal de 1988, em seu próprio corpo, inscreveu os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil fixados em seu art. 3º dessa maneira:

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

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.

José Afonso da Silva (2014, p. 107-108) afirma ser a primeira vez que uma Constituição transporta, especificamente, para seu texto os objetivos do Estado brasileiros, não todos, mas aqueles considerados fundamentais, dentre eles alguns que valem de base para prestações positivas que venham materializar a democracia econômica, social e cultural, com o fito de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana.

Dotados de tal significância, e por estarem transcritos na Lei Maior, em topografia reveladora de sua grandiosidade, os objetivos da nação brasileira realizam a dignidade da pessoa humana, fundamento norteador, direito humano fundamental a emanar sua grandiosidade pelo ordenamento jurídico.

Ora, os objetivos fundamentais de um Estado não podem ser mera promessa, há que se trabalhar arduamente para sua concretização. Questão que se põe é de como efetivar, trazer para a realidade cotidiana tais objetivos. O Estado social está a exigir tais demandas positivas a serem desenvolvidas pelo poder público.

Oswaldo Canela (2009, p. 66-67) propugna interessante trajeto para a efetivação dos direitos fundamentais, a partir da realização dos objetivos, nestes termos:

Em última análise, o Estado deve promover a igualdade substancial dos cidadãos, mediante a implementação material, e não meramente formal, dos bens da vida amparados pelos direitos fundamentais sociais. Ao assim laborar, o Estado garante não somente a democracia política, mas também a democracia social. Para atingir tais objetivos, faz-se necessário o estabelecimento de metas e de programas a serem executados, a fim de que os direitos fundamentais sejam satisfeitos espontaneamente. Formulado o comando constitucional, gerador dos núcleos constitucionais de irradiação, cumpre ao Estado a promoção das ações necessárias para a implementação dos objetivos traçados no art. 3º da Constituição Federal. Ao atender aos objetivos constitucionalmente estabelecidos, o Estado satisfaz espontaneamente os direitos fundamentais, em especial os de caráter social.

Extraí-se do texto que a realização das metas cabe ao Estado, representado pelos seus três poderes, a cuja separação de funções não pode ser óbice para a não concretização dos objetivos pelo próprio Estado perseguidos.

Muda-se, forçosamente, o enfoque a ser dado a esta separação, tendo-se em estima a decrepitude do Estado liberal e as novas imposições do Estado social. Neste sentido, reafirmando a unidade do poder estatal, as criteriosas palavras, de Osvaldo Canela (2009, p. 67):

O poder estatal é uno, há de ser utilizado finalisticamente. Embora uno, o poder é exercido segundo um critério funcional, pelo que a estrutura normativa da Constituição dispõe sobre suas três formas de expressão, tanto assim consideradas as atividades legislativa, executiva e jurisdicional.

As formas do poder estatal são, por conseguinte, instrumentos para consecução dos fins do Estado, de forma que não podem ser consideradas como um fim em si mesmas. Assim concebidas, as formas de expressão do poder estatal não diferem em grau de importância. Todas estão no mesmo patamar constitucional e aneladas ao mesmo fim. Quebra-se, pois, o postulado da atividade legislativa como sendo preponderante sobre os demais poderes, característica observada no Estado liberal.

Infere-se, pois, que as políticas públicas não podem ficar ao talante do gestor público ou do corpo legislativo. Nestes tempos e com esses ventos a soprarem em direção incerta, inadmissível o pensamento que conclui pela exclusão do Poder Judiciário (quando provocado) do manejo da gestão da coisa pública, devendo ser tão somente a boca da lei.

Antoine Garapon (2001, p. 41) jurista francês, tem o seguinte pensamento acerca da atuação do juiz na sociedade atual:

O juiz não deve mais se contentar em aplicar as leis, mas, em certos casos, deve ainda verificar sua conformidade a um direito superior que esses princípios encerram. A lei então implode e se fraciona em duas direções opostas: de um lado, os princípios fora de alcance do legislador comum e, de outro, um direito mais concreto e mais operacional. O juiz atualiza a obra do constituinte e torna-se um co-legislador permanente.

Até mesmo porque, como já dito alhures, não escapa à apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça (a uma afirmação) a direito. Quer seja de natureza individual, que tenha caráter coletivo ou difuso.

Insta, nesse momento, trazer à bailha ponderado juízo de Barroso (2009, p. 384-385):

Nesse ponto se coloca uma questão que só mais recentemente vem despertando o interesse da doutrina no Brasil, que é a da legitimidade democrática da função judicial, suas possibilidades e limites. Algumas expressões concretas dessa atuação, como o controle de constitucionalidade – *i.e.*, a possibilidade de invalidação de leis e atos normativos emanados pelo Legislativo –, já têm sido objeto de debate mais profundo nos últimos anos. Outro domínio polêmico, relacionado ao controle de políticas públicas – *i.e.*, o exame da adequação e suficiência de determinadas ações administrativas e o suprimimento de omissões – vem ganhando atenção crescente. São amplos os espaços de interseção e fricção entre o Poder Judiciário e os outros dois Poderes, potencializando a necessidade de se demarcar o âmbito de atuação legítima de cada um. Como intuitivo, não existem fronteiras fixas e rígidas, havendo uma dinâmica própria e pendular nessas interações.

O autor aponta a necessidade de demarcação do espaço reservado a cada Poder. Daí resulta a indagação, e quando houver inação de um Poder em realizar suas funções, o Judiciário não poderia ultrapassar a barreira previamente delimitada. Pensa-se despropositada resposta em sentido que afaste a intervenção jurisdicional.

Argumenta-se, por outro lado, que faltaria representatividade ao Poder Judiciário para política, eis que não escolhidos pela população.

Ora, a soberania popular é exercida pelos representantes do povo, e estes estipularam as regras de ingresso do cidadão na magistratura, revelando-se o Judiciário um dos poderes aptos a representar os interesses da sociedade, na medida em que os demais poderes dos Estados se enfraquecem.

Afirma Garapon (2001, p. 35):

Não é que o juiz tenha se transformado num ator político, mas foram os políticos que perderam sua imunidade em relação à justiça. Como também, de um dia para o outro, os chefes de empresas, os pesquisadores, os médicos, os historiadores, os professores de direito, se dão conta de que não estão acima da lei.

Não se concebe, na quadra atual, argumentar que careceria legitimidade ao Judiciário para realizar o controle em políticas públicas, ou mesmo determinar sua realização quando omissa o órgão competente para implantá-la. Pelo próprio imperativo constitucional, o Poder Judiciário encontra-se legitimado para exercer o controle constitucional das políticas governamentais. Sem dúvida que há respeitar limites, tais como o da proporcionalidade. Mas a representatividade está em que os representantes do povo (o constituinte originário, bem como o de reforma – e sobretudo este) deram representatividade ao Poder Judiciário, nos princípios lá incertos e em outros dispersos pelos textos infraconstitucionais.

Ademais, o constante aumento da judicialização das relações sociais, representa, nada mais nem pouco menos, a representatividade que a sociedade confere ao Poder Judiciário.

Vê-se, pois, que o fundamento do controle jurisdicional das políticas públicas encontra guarida no alcance dos objetivos constitucionalmente estabelecidos para a realização dos direitos fundamentais sociais. Perpassa pela separação dos três poderes, mas, sobretudo, pela harmonia que haverá de existir entre esses poderes para consecução das determinações contidas na Lei Maior.

4.4 Entendimento Jurisprudencial Brasileiro

Os tribunais superiores assim têm se manifestado. No julgado que segue o STJ determinou ao Estado a entrega de medicação. Seguem os dados, ementa, e excertos atinentes ao assunto de controle jurisdicional:

BRASIL. STJ. RESP 200601525703 – RESP - RECURSO ESPECIAL – 869843. Relator: LUIZ FUX. Sigla do órgão: STJ. Órgão julgador: PRIMEIRA TURMA. Fonte: DJ DATA:15/10/2007 PG:00243. Data da Decisão: 18/09/2007. Data da Publicação: 15/10/2007.

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MENOR SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. ART. 227 DA CF/88. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. ARTS. 7.º, 200, e 201 DO DA LEI N.º 8.069/90. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. MEDIDA EXECUTIVA. POSSIBILIDADE, IN CASU. PEQUENO VALOR. ART. 461, § 5.º, DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO DE MEDIDAS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO. NOVEL ENTENDIMENTO DA E. PRIMEIRA TURMA.

7. O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. [...] 12. Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida do demandante. 13. Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. Não obstante o fundamento constitucional, in casu, merece destaque a Lei Estadual n.º 9.908/93, do Estado do Rio Grande do Sul, que assim dispõe em seu art. 1.º: "Art. 1.º. O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao

próprio sustento e de sua família. Parágrafo único. Consideram-se medicamentos excepcionais aqueles que devem ser usados com frequência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente." 14. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana. 15. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados. 16. In casu, a decisão ora hostilizada importa concessão do bloqueio de verba pública diante da recusa do ora recorrente em fornecer o medicamento necessário ao desenvolvimento de portador de cardiopatia congênita. 17. Por fim, sob o ângulo analógico, as quantias de pequeno valor podem ser pagas independentemente de precatório e a fortiori serem, também, entregues, por ato de império do Poder Judiciário.

Neste caso, determinou-se a entrega de medicamento pelo Estado e imposição de multa em caso de descumprimento, deixando nítida a opção do julgador, quanto à proteção e efetivação dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

Importante salientar as palavras das quais faz uso o julgador, no sentido de que “A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios...”, são reveladoras do espírito constitucional que deve permear as escolhas do Poder Judiciário, quando chamado a resolver a lide.

Neste outro, ficou assentado que a Administração haveria de destinar verba orçamentária para realização de obras atinentes ao meio ambiente:

BRASIL. STJ. RESP 200200461108. RESP - RECURSO ESPECIAL – 429570. Relatora: ELIANA CALMON. Sigla do órgão: STJ. Órgão julgador: SEGUNDA TURMA. Fonte: DJ DATA:22/03/2004 PG:00277 RMP VOL.:00025 PG:00453 RSTJ VOL.:00187 PG:00219. Data da Decisão: 11/11/2003. Data da Publicação: 22/03/2004.

Ementa: ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido.

O posicionamento do STF também gira para uma atuação mais pró-ativa de seus membros, no falar a respeito da concretização dos direitos fundamentais. Pois como guardião da Constituição Federal¹², não pode se eximir de questões afetas à matéria constitucional. Neste passo, confere-se julgado que trata da possibilidade de o Poder Judiciário determinar ao Executivo a adoção de providências para melhoria de serviço de saúde. Para além das determinações, interessante anotar que se aduz aos princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”.

RE-AgR 642536RE-AgR - AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator: LUIZ FUX. Sigla do órgão: STF.

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF). 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “**mínimo existencial**” e da “**reserva do possível**”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

Neste outro, delimitou-se o atuar do juiz nas questões referentes a políticas públicas nos seguintes parâmetros: a natureza constitucional da política pública reclamada; a existência de correlação entre ela e os direitos fundamentais; a prova de que haveria omissão ou prestação deficiente pela Administração Pública. Seguem considerações acerca do julgado, retiradas do informativo de jurisprudência nº 726¹³:

É dever do Estado-membro remover toda e qualquer barreira física, bem como proceder a reformas e adaptações necessárias, de modo a permitir o acesso de pessoas com restrição locomotora à escola pública. Com base nessa orientação, a 1ª Turma deu provimento a recurso extraordinário em que discutido: a) se o ato de se determinar à Administração Pública a realização de obras significaria olvidar o princípio da separação dos Poderes, porquanto

¹² Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, (...)

¹³ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo726.htm>> Acesso em 14/01/2015.

se trataria de ato discricionário; b) se necessário o exame de disponibilidade orçamentária do ente estatal. Consignou-se que a Constituição (artigos 227, § 2º, e 244), a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, a Lei 7.853/1989; e as Leis paulistas 5.500/1986 e 9.086/1995 asseguram o direito das pessoas com deficiência ao acesso a prédios públicos. Frisou-se o dever de a Administração adotar providências que viabilizassem essa acessibilidade. Pontuou-se presente o controle jurisdicional de políticas públicas. **Asseverou-se a existência de todos os requisitos a viabilizar a incursão judicial nesse campo, a saber: a natureza constitucional da política pública reclamada; a existência de correlação entre ela e os direitos fundamentais; a prova de que haveria omissão ou prestação deficiente pela Administração Pública, inexistindo justificativa razoável para esse comportamento.** (...) Sublinhou-se que, ao remeter à lei a disciplina da matéria, a Constituição não obstaculizou a atuação do Poder Judiciário, em especial quando em debate a dignidade da pessoa humana e a busca de uma sociedade justa e solidária (CF, artigos 1º, III, e 3º, I). **Reputou-se que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais teriam aplicação imediata, sem que fossem excluídos outros direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil fosse parte (CF, art. 5º, §§ 1º e 2º).** Assinalou-se que o acesso ao Judiciário para reclamar contra lesão ou ameaça de lesão a direito seria **cláusula pétrea**. (...) (sem grifo no original) (Supremo Tribunal Federal. RE 440028/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 29.10.2013. Informativo nº 726).

A questão das “escolhas trágicas” e a necessidade de um comportamento afirmativo dos juízes e tribunais, resultando em uma positiva criação jurisprudencial do direito, é o que esta decisão demarca, assim lançada:

BRASIL. STF. RE-AgR 581352. RE-AgR - AG.REG. NO RECURSOEXTRAORDINÁRIO. Relator: CELSO DE MELLO. Sigla do órgão: STF.

E M E N T A: 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 INVOCÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE COMROMETER 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 INVOCÇÃO 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)(...)¹⁴ (sem grifo no original).

Muitas decisões há reafirmando a nova visão do direito constitucional, a justificar a intervenção judicial no controle de políticas públicas. Destes julgados extraem-se balizas a este atuar, tais quais:

- aplicação do princípio do mínimo existencial;
- limites fixados para a invocação da reserva do possível pela Administração Pública;
- natureza constitucional da política pública reclamada;
- relação entre a política pública e os direitos fundamentais; e
- omissão ou prestação deficiente pelo poder público, sem justificativa plausível para tal comportamento.

Para uma melhor compreensão acerca dos dois primeiros princípios, diz-se que o “mínimo existencial” refere-se à parcela mínima de que não pode dispor o indivíduo para uma vida digna.

Por sua vez, a “reserva do possível” trata da disponibilização orçamentária para a realização de políticas públicas referentes à satisfação dos direitos fundamentais.

Resta deixar consignado que o controle de constitucionalidade é realizado tanto em controle concentrado pelos tribunais, quanto por cada juiz individualmente (controle difuso).

Uma última análise ainda se faz necessária, diz respeito às teorias substancialistas e procedimentalistas. Neste mister, Jorge Octávio Lavocat Galvão

¹⁴ Julgado extraído do site Jurisprudência Unificada: <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>> . Acesso em: 11/01/2015.

(Amaral Junior, 2010, pag. 136) fala sobre os posicionamentos substancialista e procedimentalista adotados pelas Cortes Constitucionais:

Em apertada síntese, os defensores das teorias substancialistas trabalham com a ideia de que a atuação da Jurisdição Constitucional é legítima na medida em que dá efetividade aos direitos fundamentais. Nesse sentido, a interpretação constitucional tem papel relevante, já que cabe aos juízes dar densidade normativa aos preceitos constitucionais vagos que elencam tais direitos. Já os teóricos da corrente doutrinária concorrente – denominados de procedimentalistas – não admitem a possibilidade de o intérprete ser um aplicador de princípios de Justiça. Para eles, o papel do Judiciário restringe-se a defender o procedimento democrático, de sorte que a Corte somente age legitimamente ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei se o diploma legal em análise for um empecilho para o pleno desenvolvimento ou preservação do processo político de deliberação.

E conclui ser o Supremo Tribunal Federal uma Corte que adota o posicionamento substancialista.

4.5 Judicialização e Ativismo Judicial

A noção de judicialização diz respeito a cada vez mais crescente busca ao Judiciário para dele se extrair decisões acerca de questões que poderiam ser resolvidas de maneira diversa.

Em artigo publicado na Revista Eletrônica CONJUR¹⁵, Luís Roberto Barroso traça o seu conceito de judicialização:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política e sócia estão sendo decididas por Órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo (...). Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

A judicialização tem como causa, nas palavras do autor, a redemocratização, a promulgação da Constituição de 1988, a ampliação dos direitos albergados pelo texto constitucional, assim como a sistemática do controle de constitucionalidade (difuso e abstrato). Ainda segundo Barroso, a judicialização é um fato que decorre da própria disposição constitucional, do modelo adotado.

¹⁵ Pesquisa: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica> Acesso em 23/12/2014.

Pode-se afirmar também que é fruto da desesperança da sociedade nos outros dois Poderes. O termo desconfiança aqui seria sinônimo.

Garapon (2001, p. 45), também fala sobre alterações da linguagem, um novo vocabulário trazido por esta judicialização:

A justiça, aliás, tem fornecido à democracia seu novo vocabulário: imparcialidade, processo, transparência, contraditório, neutralidade, argumentação etc. O juiz – e a constelação de representações que gravita à sua volta – proporciona à democracia imagens capazes de dar corpo a uma nova ética da deliberação coletiva. [...] A idéia de imparcialidade pertence ao vocabulário da justiça. Sua aplicação ao Estado revela uma lacuna e uma transferência. Da perda de prestígio do político, antes de tudo, e de uma reorientação das expectativas políticas com vistas à justiça, pois é a ela que a opinião pública dirige agora suas demandas de arbitragem. A justiça passa a encarnar, assim, o espaço público neutro, o direito, a referência da ação política, e o juiz, o espírito público desinteressado.

Também traz as causas possíveis desse excesso de demanda por justiça a desafiar o Judiciário (2001, p. 161):

Recorre-se a justiça para que tome o lugar do fator político exatamente porque ela não pode deixar de decidir, correndo o risco de se expor à condenação da comunidade científica ou da opinião pública. Quando a comunidade científica tem de se pronunciar sobre uma questão, ela se dá o tempo necessário e às vezes, conclui sobre a impossibilidade de se pronunciar. *Idem* para o legislador, como vimos na questão bioética. A justiça, entretanto, deve dar uma decisão. A justiça *deve* julgar com as informações de que dispõe. Esta obrigação de julgar constitui a particularidade do julgamento do judiciário.

A justiça (Poder Judiciário) não pode deixar de decidir (vedação ao *non liquet*), instigante argumento para declinar da apreciação do pleito aos outros Poderes.

Por seu turno, o ativismo pode ser considerado como a participação mais incisiva do Poder Judiciário em questões relativas a valores constitucionais, é um agir pró-ativo do juiz nas escolhas interpretativas de que dispõe a Constituição.

Seria um exercício de criatividade para encontrar a norma onde ela (aparentemente) não se encontra.

Andréa Elias da Costa (Amaral Junior, 2010, p. 52-53) retrata o ativismo judicial como sendo “uma participação mais intensa do Judiciário na efetivação dos valores constitucionalmente estabelecidos, ou seja, uma maior atuação do Judiciário em um espaço que, em um primeiro momento, está reservado aos outros poderes”.

Neste contexto, ativismo judicial pode ser entendido como a aplicação da Constituição a casos não expressamente mencionados, uma flexibilização da interpretação constitucional.

Juliano Ralo Monteiro (Amaral Junior, 2010, pag. 163) em sua dissertação *Ativismo Judicial: Um Caminho Para Concretização dos Direitos Fundamentais* argumenta, apoiado nos ensinamentos do professor William Mashall, a existência de dimensões do ativismo judicial, assim sintetizados:

i. ativismo contramajoritário, cabendo ao Judiciário o papel de legislador negativo, advindo do fortalecimento da jurisdição constitucional; ii.ativismo jurisdicional, ampliação dos limites jurisdicionais do Judiciário a editar sentenças que alteram, corrigem, ou até melhoram o teor das leis ou atos normativos; iii. ativismo criativo, no qual o Poder Judiciário se utiliza da mais sofisticada hermenêutica para criação de novos direitos ou afirmação de direitos jusnaturalistas, a partir de conceitos neoconstitucionais e pós-positivistas, e; iv. ativismo remédio: entendido como a imposição do Poder Judiciário de obrigações positivas aos demais poderes, a assegurar preceitos programáticos da Constituição.

Garapon (2001, p. 39) refere-se a uma mudança na democracia a instaurar o ativismo judicial:

A irrupção do ativismo jurídico só poderá ser compreendida se relacionada a um movimento profundo, do qual ele é apenas uma das manifestações. Não se trata de uma transferência de soberania para o juiz, mas sobretudo de uma transformação da democracia. A grande popularidade dos juízes está diretamente ligada ao fato de que foram confrontados com uma nova realidade política, da qual se sagraram como heróis, e que encarnaram uma nova maneira de conceber a democracia. [...] A origem desse movimento se encontra mais no investimento do direito no imaginário democrático do que no próprio direito. Ele converteu-se na nova linguagem com a qual se formulam as demandas políticas que, desiludidas com um Estado inativo, se voltam maciçamente para a justiça.

Por tudo que consta, não há como negar importância ao ativismo judicial na realidade jurisdicional brasileira.

Contudo, para que não parem dúvidas nebulosas sobre os limites, delimitações, legitimidade do controle jurisdicional sobre políticas públicas, necessário seria a realização de uma reforma que, dentro do que foi explanado, conferisse contornos legais do atuar jurisdicional.

Comparato em ensaio publicado na Revista de Informação Legislativa (1998, p.47) delinea um esboço para uma reforma para normatizar as questões aqui postas:

Tendo em vista a estrutura tradicional das Constituições brasileiras, a introdução do juízo de constitucionalidade de políticas públicas em nosso

direito exige, indubitavelmente, uma reforma constitucional que precise a forma processual da demanda, a legitimidade das partes e a competência judiciária.

A ação deveria, segundo parece mais prudente, ser exclusivamente direta e não incidental. Uma política pública é sempre decidida e executada no nível mais elevado da instância governamental. Ademais, é muito comum o seu espraçamento por toda a Administração Pública e o concurso legislativo para a consecução de seus objetivos. Nessas condições, não faz sentido que o litígio a respeito da constitucionalidade de uma política pública possa ser decidido incidentalmente, no curso de outro processo judicial, tendente à solução de uma lide particular. Por via de lógica consequência, esse juízo de constitucionalidade, ao contrário do que tem por objeto leis ou outros atos normativos, deveria ser concentrado e não difuso. O órgão judiciário competente para proferi-lo haveria de ser, com exclusividade, aquele colocado na cúpula do sistema, em cada nível da estrutura federativa, admitindo-se que, em se tratando de políticas municipais, a competência de processo e julgamento caberia ao Tribunal de Justiça do Estado onde se encontra o Município em questão.

Lembra-se que tramita na Câmara dos Deputados, Projeto de Lei de autoria do Deputado Federal Paulo Teixeira que institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário (tal projeto segue como anexo a este trabalho).

Seria, desta feita, uma alternativa palatável para dirimir a polêmica acerca do controle jurisdicional de políticas públicas levadas a termo pelo Poder Judiciário.

5 CONCLUSÃO

Do que foi discutido e analisado neste trabalho, aflora a confirmação de que as políticas públicas engendradas para a concretização dos direitos fundamentais inscritos na Constituição circunscrevem-se de relevância no contexto atual do Brasil. Por essa constatação, e pela verificada inércia do Poder Público ou má aplicação material do gestor da coisa pública, o Poder Judiciário é chamado a realizar o controle sobre mencionadas políticas.

Daí exsurge o debate quanto à legitimidade democrática do Judiciário em realizar este controle. Em torno dessa discussão gravita a importância quanto à reinterpretação do princípio da separação dos poderes, tendo em vista que a nova visão do direito alarga as possibilidades de atuação do Poder Judiciário. Esse novo olhar encontra amparo na Constituição Federal de 1988.

E pela interpretação do texto constitucional é que o Judiciário realiza o controle de política pública. Refuta-se tal entendimento, sob a argumentação de que faleceria legitimidade ao Judiciário para imiscuir-se em seara própria aos outros dois Poderes.

Pelo desenvolvimento do trabalho conclui-se pela absoluta competência do Poder Judiciário em controlar questões constitucionais não resolvidas nas instâncias que, *a priori*, seriam as responsáveis pela implementação das referidas demandas sobre direitos fundamentais.

Não se pode olvidar, por último, que, diante da inércia dos demais Poderes, caberá ao cidadão ou à sociedade, ou ainda, analisado o caso, ao Judiciário buscar a efetiva implementação de políticas públicas voltadas ao cumprimento dos princípios e preceitos insculpidos na Constituição Federal de 1988 (Constituição Cidadã).

Do exposto, tem-se por legítimo, do ponto de vista constitucional, o controle jurisdicional de políticas públicas no âmbito dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Mello do (Org.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. 252 p.

GARAPON, Antoine. **O guardião das promessas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. 272 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 451 p.

_____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Disponível: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em 13/03/2015

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 230 p.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-114104/>>. Acesso em: 13/03/2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 589 p.

_____. **Ensaio Sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 35. n.138 abr./jun. 1988

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 310 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 966 p.

FREY, Klaus. Políticas Públicas: **Um Debate Conceitual e Reflexões Referentes à Prática da Análise de Políticas Públicas no Brasil**. Disponível em: <<http://www.en.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158>>. Acesso em 18/01/2015. 59 p.

JACOBI, Pedro Roberto. **Políticas Públicas. Políticas Sociais e Ampliação da Cidadania**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2000. 156 p.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo Judicial. Limites Institucionais Democráticos e Constitucionais**. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. 174p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23. ed. revista e atualizada. São Paulo. Malheiros, 2007. 1019 p.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1321 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. 948 p.

RODRIGUES, Marta Maria Assumpção. **Políticas Públicas**. São Paulo: Publifolha, 2011. 92p.

SARAIVA, Henrique (Org.); FERRAREZI, Elisabete (Org.). **Políticas Públicas; Coletânea. Volume 1**. Disponível em: <http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=2857>. Acesso em: 21.02. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, 934 p.

RUA, Maria das Graças; ROMANINI, Roberta. **Para Aprender Políticas Públicas. Volume 1: Conceitos e Teorias**. Disponível em: <http://igepp.com.br/uploads/ebook/ebook-para_aprender_politicas_publicas-2013.pdf> Acesso em 13/03/2015. 147 p.

6 ANEXO

PROJETO DE LEI Nº , DE 2014

(Do Sr. Paulo Teixeira)

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

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. Esta lei institui o processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências.

CAPÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Art. 2º. 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.

Parágrafo único. O processo especial para controle jurisdicional de políticas públicas, além de obedecer ao rito estabelecido nesta Lei, terá as seguintes características:

- I – estruturais, a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes;
- II - policêntricas, indicando a intervenção no contraditório do Poder Público e da sociedade;
- III – dialogais, pela abertura ao diálogo entre o juiz, as partes, os representantes dos demais Poderes e a sociedade;
- IV – de cognição ampla e profunda, de modo a propiciar ao juiz o assessoramento necessário ao pleno conhecimento da realidade fática e jurídica;
- V – colaborativas e participativas, envolvendo a responsabilidade do Poder Público;

VI – flexíveis quanto ao procedimento, a ser consensualmente adaptado ao caso concreto;

VII – sujeitas à informação, ao debate e ao controle social, por qualquer meio adequado, processual ou extraprocessual;

VIII – tendentes às soluções consensuais, construídas e executadas de comum acordo com o Poder Público;

IX – que adotem, quando necessário, comandos judiciais abertos, flexíveis e progressivos, de modo a consentir soluções justas, equilibradas e exequíveis;

X – que flexibilizem o cumprimento das decisões;

XI– que prevejam o adequado acompanhamento do cumprimento das decisões por pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou instituições que atuem sob a supervisão do juiz e em estreito contato com este.

CAPÍTULO II

DA COMPETÊNCIA E DA PETIÇÃO INICIAL

Art. 3º. É competente para o controle judicial de políticas públicas a justiça ordinária, estadual ou federal, por intermédio de ação coletiva proposta por legitimado estabelecido pela legislação pertinente, ressalvadas as hipóteses de cabimento de ações constitucionais.

Parágrafo único. Para a implementação ou correção de política pública é admissível qualquer espécie de ação ou provimento.

Art. 4º. A petição inicial obedecerá aos requisitos previstos no Código de Processo Civil e deverá indicar com precisão a medida necessária para implementação ou correção da política pública, bem como a autoridade responsável por sua efetivação.

Parágrafo único. A petição inicial indicará a pessoa jurídica de direito público à qual pertence a autoridade responsável pela efetivação da política pública, e em razão desta será determinada a competência.

Art. 5º. 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. 6º.

CAPÍTULO III

DA FASE PRELIMINAR

Art. 6º. Estando em ordem a petição inicial, o juiz a receberá e notificará o órgão do Ministério Público e a autoridade responsável pela efetivação da política pública, para que esta preste, pessoalmente e no prazo de sessenta dias, prorrogável por igual período,

informações detalhadas que deverão contemplar os seguintes dados da política pública objeto do pedido, os quais constarão do mandado:

- I – o planejamento e a execução existentes;
- II – os recursos financeiros previstos no orçamento para sua implementação;
- III – a previsão de recursos necessários a sua implementação ou correção;
- IV – em caso de insuficiência de recursos, a possibilidade de transposição de verbas;
- IV – o cronograma necessário ao eventual atendimento do pedido.

Art. 7º. 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, estando nessa hipótese dispensadas as informações a respeito dos incisos II, III e IV do artigo 6º.

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

Art. 8º. Se não prestadas as informações indicadas no caput, o juiz aplicará à autoridade responsável as sanções previstas no Código de Processo Civil, podendo convocá-la pessoalmente para comparecer a juízo.

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

§ 2º O juiz poderá utilizar técnicos especializados para assessorá-lo na análise das informações, sem prejuízo de consulta a órgãos e instituições do ramo (parágrafo único do art. 28).

Art. 9º. Se considerar as informações insuficientes, o juiz, de ofício ou a requerimento do autor ou 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. 10. Caso tenha 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 na fase preliminar e no processo judicial a intervenção de *amicus curiae*, pessoa física ou jurídica, que poderá manifestar-se por escrito ou oralmente.

CAPÍTULO IV

DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Art. 11. As partes poderão, de comum acordo, submeter o conflito ao juízo arbitral, observado o disposto na legislação em vigor ou à mediação ou conciliação judiciais ou extrajudiciais.

§ 1º A qualquer tempo e em qualquer fase e grau do processo, a autoridade judiciária poderá propor às partes que se submetam à mediação ou conciliação, conduzidas por mediadores e conciliadores devidamente capacitados, nos termos da legislação em vigor.

§ 2º A audiência de mediação ou conciliação será obrigatória quando se tratar de direito passível de transação.

§ 3º A remuneração dos mediadores e conciliadores e seus direitos e obrigações serão regidos pela legislação em vigor.

Art. 12. A qualquer momento as partes poderão 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. 13. O Ministério Público ou outros órgãos públicos legitimados às ações coletivas poderão tomar 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, somente terá eficácia após manifestação do autor.

Parágrafo único. O termo de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação, submetendo-se à regra do parágrafo único do art. 12.

CAPÍTULO V

DO PROCESSO JUDICIAL

Art. 14. Não havendo acordo, o juiz examinará, em juízo de admissibilidade, a razoabilidade do pedido e da atuação da Administração, podendo extinguir o processo com resolução do mérito ou determinar a citação do representante judicial da autoridade competente para apresentar resposta.

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. 15. Determinada a citação, a autoridade responsável pela política pública continuará vinculada ao processo, inclusive para os fins do disposto no artigo 21.

Art. 16. 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. 17. O prazo para contestar será de 30 (trinta) dias, sem outros benefícios de prazo para a Fazenda Pública, observando o processo, no que couber, o rito ordinário previsto no Código de Processo Civil, com as modificações com que o juiz e as partes concordarem, para melhor adequação ao objeto da demanda.

Art. 18. Se for o caso, na decisão o juiz poderá determinar, independentemente de pedido do autor, o cumprimento de obrigações de fazer sucessivas, abertas e flexíveis, que poderão consistir, exemplificativamente, em:

I – determinar ao ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória a apresentação do planejamento necessário à implementação ou correção da política pública objeto da demanda, instruído com o respectivo cronograma, que será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil.

II – determinar ao Poder Público que inclua créditos adicionais especiais no orçamento do ano em curso ou determinada verba no orçamento futuro, com a obrigação de aplicar efetivamente as verbas na implementação ou correção da política pública requerida.

§ 1º O juiz definirá prazo para apresentação do planejamento previsto no inciso I de acordo com a complexidade da causa.

§ 2º O planejamento será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor, o Ministério Público e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil.

§ 3º Homologada a proposta de planejamento, a execução do projeto será periodicamente avaliada pelo juiz, com a participação das partes e do Ministério Público e, caso se revelar inadequada, deverá ser revista nos moldes definidos no parágrafo 2º.

Art. 19. Para o efetivo cumprimento da sentença ou da decisão de antecipação da tutela, o juiz poderá nomear comissário, pertencente ou não ao Poder Público, que também poderá ser instituição ou pessoa jurídica, para a implementação e acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações, informando ao juiz, que poderá lhe solicitar quaisquer providências.

Parágrafo único. Os honorários do comissário serão fixados pelo juiz e custeados pelo ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão de antecipação da tutela.

Art. 20. O juiz, de ofício ou a requerimento das partes, poderá alterar a decisão na fase de execução, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto, inclusive na hipótese de o ente público promover políticas públicas que se afigurem mais adequadas do que as determinadas na decisão, ou se esta se revelar inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito que constitui o núcleo da política pública deficiente.

Art. 21. Se a autoridade responsável não cumprir as obrigações determinadas na sentença ou na decisão de antecipação de tutela, o juiz poderá aplicar as medidas coercitivas previstas no Código de Processo Civil, inclusive multa periódica de responsabilidade solidária do ente público descumpridor e da autoridade responsável, devida a partir da intimação pessoal para o cumprimento da decisão, sem prejuízo da responsabilização por ato de improbidade administrativa ou das sanções cominadas aos crimes de responsabilidade ou de desobediência, bem como da intervenção da União no Estado ou do Estado no Município.

Art. 22. Quando o controle da política pública não for objeto específico da ação, mas questão individual ou coletiva suscitada no processo, o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, poderá instaurar incidente que obedecerá ao disposto nos artigos 18 a 22.

CAPÍTULO VI

DA REUNIÃO DOS PROCESSOS EM PRIMEIRO GRAU

Art. 23. Quando vários processos versando sobre pedidos, diretos ou indiretos, de implementação ou correção de políticas públicas relativas ao mesmo ente político tramitarem em diversos juízos, as causas serão reunidas, independentemente de conexão, para julgamento conjunto, a fim de o juiz dispor de todos os elementos necessários para uma decisão equitativa e exequível.

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

CAPÍTULO VII

DAS RELAÇÕES ENTRE MAGISTRADOS

Art. 24. 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 o mesmo objetivo, com periodicidade adequada.

CAPÍTULO VIII

DA REUNIÃO DE PROCESSOS EM GRAU DE RECURSO

Art. 25. 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 de competência do tribunal pleno ou do respectivo órgão especial serão reunidos para julgamento conjunto, objetivando-se a prolação de uma decisão equânime e exequível.

CAPÍTULO IX

DOS CADASTROS NACIONAIS

Art. 26. 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 às informações relevantes relacionadas com sua existência e estado.

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

§ 2º No prazo de 90 (noventa) dias, contado da publicação da presente lei, o Conselho Nacional de Justiça editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional e os meios adequados para viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado por meio da rede mundial de computadores.

§ 3º O regulamento previsto no § 2º 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. 27. 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 co-legitimados e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas à abertura do inquérito e à existência do compromisso.

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

§ 2º No prazo de 90 (noventa) dias, a contar da publicação da presente lei, o Conselho Nacional do Ministério Público 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 para viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado.

CAPÍTULO X

DAS AÇÕES INDIVIDUAIS

Art. 28. Na hipótese de ações que objetivem a tutela de direitos subjetivos individuais cuja solução possa interferir nas políticas públicas de determinado setor, o juiz somente poderá conceder a tutela na hipótese de se tratar do mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de forma completa e acabada, nos termos do disposto no parágrafo 1º do art. 7º, e se houver razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da conduta da Administração.

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

Art. 29. Na hipótese prevista no artigo 28, o juiz notificará o Ministério Público e outros legitimados às ações coletivas para, querendo, ajuizar o processo coletivo versando sobre a implementação ou correção da política pública, o qual observará as disposições desta lei.

Art. 30. 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 ao mesmo 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 deva ser uniforme, por sua natureza ou por disposição de lei, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo e padrão de conduta consistente e unitária para a parte contrária.

§ 1º Determinada a conversão, o autor manterá a condição de legitimado para a ação em litisconsórcio necessário com o Ministério Público ou outro co-legitimado para a ação coletiva.

§ 2º O Ministério Público ou outro legitimado poderão aditar ou emendar a petição inicial para adequá-la à tutela coletiva, no prazo a ser fixado pelo juiz.

§ 3º Se nenhum dos co-legitimados aditar ou emendar a petição inicial, o juiz encaminhará os autos ao Conselho Superior do Ministério Público para que indique membro da instituição para fazê-lo.

§ 4º A coisa julgada terá efeito *erga omnes*, nos termos do disposto nos arts. 103 e 104 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

§ 5º O Ministério Público atuará como fiscal da ordem jurídica se não intervier como parte.

CAPÍTULO XI

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 31. No prazo de 120 (cento e vinte) dias, contado a partir da entrada em vigor desta lei, os tribunais federais criarão, e os estaduais poderão criar varas especializadas para o processamento e julgamento de ações que visem, direta ou indiretamente, ao controle jurisdicional de políticas públicas.

Art. 32. As disposições desta lei aplicam-se às fases e atos ainda não concluídos dos processos em curso.

Art. 33. Esta lei entrará em vigor no prazo de 90 dias contado da data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

O controle jurisdicional de políticas públicas é uma realidade presente no dia-a-dia dos tribunais brasileiros. Embora a doutrina e a jurisprudência, sobretudo do STF, tenham se debruçado sobre a questão, fixando limites ao próprio controle e construindo princípios a respeito da matéria, ainda remanescem dúvidas e, frequentemente, o juiz enfrenta dificuldades concretas para decidir assuntos tão relevantes.

São dificuldades oriundas da falta de informações e de dados, da falta de assessoria, da falta de contatos com a própria Administração encarregada da implementação da política pública, com os demais juízes, com os tribunais; dificuldades de ordem orçamentária, dificuldades oriundas da multiplicidade de ações individuais que vão inevitavelmente incidir sobre as políticas públicas.

É preciso fixar parâmetros seguros para o juiz e para as partes e é preciso, principalmente, criar um novo processo, de cognição e contraditório ampliados, de

natureza dialogal e colaborativa, com ampla intervenção do Poder Público e da sociedade, ou seja, um novo processo adequado à tutela jurisdicional dos chamados conflitos de ordem pública.

Somente assim a intervenção judicial em políticas públicas não criará problemas insolúveis para a Administração e para a população, como tem ocorrido, e o juiz poderá decidir com equilíbrio e justiça após conhecer todos os dados da questão que está em jogo, sem se substituir ao administrador. E deverá acompanhar a execução que, por sua vez, há de ser flexível para a efetividade do comando judicial.

Para auxiliá-lo no cumprimento da sentença está prevista a figura de uma pessoa ou ente colaborador, cuja denominação – comissário – foi inspirada na prevista nos arts. 21 e 114, § 3º, “d” do Código de Processo Administrativo italiano. Função semelhante também existe no ordenamento norte-americano. 14

É com tal finalidade que se propõe o presente projeto de lei, resultado de trabalho coletivo empreendido inicialmente pelo CEBEPEJ - Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, ora presidido pela Professora Ada Pellegrini Grinover, que sucedeu a seu criador, Professor Kazuo Watanabe. Pesquisadores do CEBEPEJ analisaram, em todos os seus aspectos, a problemática do controle jurisdicional de políticas públicas, apresentando seus trabalhos em seminário aberto ao público, realizado pelo CEBEPEJ e pelo Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP, em 14 e 15 de abril de 2010.

O Seminário apresentou conclusões, traçando as linhas gerais de um projeto de lei sobre controle jurisdicional de políticas públicas. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe encarregaram-se da primeira versão do projeto, que foi depois aperfeiçoado pelos pesquisadores do CEBEPEJ e pelos alunos e professores do mestrado da FDV - Faculdade de Direito de Vitória, na disciplina “Controle Jurisdicional de Políticas Públicas”.

Posteriormente, a última versão do projeto foi debatida por grupos de trabalho durante o 2º Seminário sobre controle jurisdicional de políticas públicas, realizado pelo CEBEPEJ-IBEA/RJ - Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP em 3 de outubro de 2011.

As propostas de modificação foram incorporadas ao projeto, cuja nova versão ainda foi examinada pelos alunos de mestrado/doutorado da disciplina “Políticas Públicas” ministrada na USP (com a colaboração de Paulo Lucon) e da mesma disciplina de doutorado da Universidad Lomas de Zamora, em Buenos Aires.

Apresentado a debate público na AASP de São Paulo no decorrer de 2012, com a participação de magistrados, membros do Ministério Público, defensores públicos e advogados públicos e privados, o projeto incorporou outras sugestões.

Foi também debatido na Universidade de Itaúna, onde é ministrada a disciplina “Controle Jurisdicional de Políticas Públicas”, em nível de mestrado. E, finalmente, foi exposto e debatido mais uma vez em 2013 em seminário conjunto do CEBEPEJ e do IASP, na presença de especialistas argentinos e do Deputado Paulo Teixeira. 15

Mais recentemente, foram incorporadas ao projeto as últimas experiências de tribunais da Argentina, da Colômbia e dos Estados Unidos da América, que indicam o caminho a ser seguido pelo Poder Judiciário, em estreito contato com o Poder Público, para a construção do consenso ou a formulação de comandos flexíveis e exequíveis, que permitam o controle da constitucionalidade e a intervenção em políticas públicas, evitando que o juiz se substitua ao administrador.

É o resultado de todo esse trabalho, iniciado em 2010 e profundamente elaborado e discutido, que se apresenta agora ao Congresso Nacional.

Certo de que meus nobres pares reconhecerão a conveniência e oportunidade das medidas legislativas ora propostas, conclamo-os a apoiar a aprovação deste projeto de lei.