

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

EMANUELA MARIA FRANCESCHINA BERTA

**AS POLÍTICAS PÚBLICAS E O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL:
CONTROLE JUDICIAL E OS LIMITES DE ATUAÇÃO**

Florianópolis

2017

Emanuela Maria Franceschina Berta

**AS POLÍTICAS PÚBLICAS E O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL:
CONTROLE JUDICIAL E OS LIMITES DE ATUAÇÃO**

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do Título de Bacharel em Direito

Orientador: Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam

Florianópolis

2017

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Berta, Emanuela Maria Franceschina

As políticas públicas e o Poder Judiciário no Brasil:
controle judicial e os limites de atuação / Emanuela Maria
Franceschina Berta ; orientador, José Sérgio da Silva
Cristóvam, 2017.

95 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2017.

Inclui referências.

1. Direito. 2. políticas públicas. 3. Poder Judiciário.
4. controle judicial. I. Cristóvam, José Sérgio da Silva.
II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em
Direito. III. Título.

Aos meus pais, Mauro e Maria, e à Emanuza, com todo o
meu amor.

AGRADECIMENTOS

Esse trabalho representa o encerramento de uma das etapas mais importantes de minha vida. O sonho longínquo de uma vestibulanda tornou-se realidade e, agora, cinco anos depois, chega ao seu fim. Inicialmente, agradeço a Deus pela inspiração, luz e boas vibrações durante a jornada. Agradeço, também, aos meus pais, Mauro e Maria, que, embora muitas vezes não concordando e, também, nem sempre podendo se fazer presentes, fizeram sempre o possível para que eu conquistasse meus objetivos. Os agradecimentos se estendem, também, à minha irmã, Emanuza, uma força da natureza que me inspira a ser melhor e mais persistente a cada dia.

Um agradecimento especial aos presentes que a graduação me trouxe: à Ana Ligia Weiss pela amizade sincera e por todo o apoio, desabafos e parceria certa; à Gabriela Paludo Cantú pela amizade, pelo companheirismo e dinamismo, especialmente, durante as aventuras da dupla 2314, no EMAJ; à Letícia Mulinari Gnoatton, pela amizade e pela animada convivência, tanto no CCJ, como no 205, do bloco A.

Agraço, também, ao Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam, pela paciência e auxílio na orientação e por todas as lições aprendidas. Estendo os agradecimentos aos membros da Banca Examinadora: ao Prof. Bernardo Wildi Lins, por ter aceito o convite de participar da banca e pela sempre solícita orientação durante os dois semestres consecutivos em que foi meu orientador no EMAJ; e ao Leonardo Bruno Pereira de Moraes por toda disposição em contribuir com o presente trabalho.

Não poderia deixar de agradecer à Monique Rafaela Antunes pela inspiração profissional e pela amizade, tanto durante meu estágio no gabinete da Dra. Andresa Bernardo, a quem também agradeço por todos os ensinamentos, como na vida. Estendo os agradecimentos à Ana Luiza, Francine e Juliana, pela amizade e por terem deixado os dias no estágio mais alegres e coloridos.

Aos meus amigos do velho oeste, tão essenciais durante o caminho até a aprovação no vestibular e cuja distância jamais foi capaz de enfraquecer os laços. Nesse sentido, um agradecimento especial à Caroline Gasparetto e ao Gustavo Matiello, pela amizade que começou há 20 anos, na pré-escola, e cujo carinho e cumplicidade

perduram até os dias de hoje. E, ainda, à Aline, Gabriela, Iolanda, Maria Carolina e Naraiana, ser amiga de vocês é fácil.

Agradeço, por fim, a todos os demais amigos que fiz na graduação, especialmente durante minha participação na Locus Iuris, e a todos que, de alguma forma, contribuíram nesse processo.

O medo cega. [...] São palavras certas, já éramos cegos no momento em que cegamos, o medo nos cegou, o medo nos fará continuar cegos. [...] a cegueira também é isto, viver num mundo onde se tenha acabado a esperança. [...] Por que foi que cegamos, Não sei, talvez um dia se chegue a conhecer a razão, Queres que te diga o penso, Diz, Penso que não cegamos, penso que estamos cegos, Cegos que veem, Cegos que, vendo, não veem. (José Saramago, 1995)

RESUMO

As políticas públicas são um dos principais meios pelos quais os Poderes Públicos asseguram à população direitos constitucionalmente previstos. Justamente por isso, é que no Brasil, principalmente a partir da Constituição de 1988, as políticas públicas adquiriram uma especial importância e o debate em torno delas sofreu considerável ampliação, principalmente sob o viés da separação dos poderes. Além disso, e também a partir desse período, o Poder Judiciário brasileiro começou a experimentar um agigantamento de suas funções. Diversos foram os fatores que contribuíram para isso e, conseqüentemente, para uma intensa judicialização da política no país, que transfere ao Poder Judiciário questões que eram tradicionalmente decididas pelo Legislativo e pelo Executivo, incluindo questões de políticas públicas. No entanto, sabe-se que a definição, gestão e planejamento dessas políticas, frequentemente, ficam a cargo do Poder Legislativo e do Poder Executivo e que nenhuma atribuição foi constitucionalmente outorgada ao Poder Judiciário, permitindo que ele atuasse diretamente sobre essas questões. Todavia, percebe-se que, muitas vezes, também ao exercer o controle externo da atividade legislativa e administrativa, o Poder Judiciário acaba sendo invocado para se manifestar sobre esse tipo de questão. Este trabalho objetiva verificar de que forma o Poder Judiciário realiza o controle judicial das políticas públicas, tendo em vista que além de algumas limitações internas, ele deve respeitar a discricionariedade outorgada aos agentes públicos, que são os principais responsáveis por manejarem essas questões.

Palavras-chave: Políticas públicas. Poder Judiciário. Judicialização da política. Controle judicial. Discricionariedade legislativa e administrativa. Limites da atuação judicial.

ABSTRACT

The public policies are one of the most important ways in which the governments ensure the realization of the constitutionally guaranteed rights to the people. That is the very reason why in Brazil, especially from the 1988's Constitution, the public policies acquired significant relevance and the debate on them has also increased, considering as well the separation of powers. Besides, also from this period, the Brazilian judicial system has experienced a massive extension of its role. Multiple factors were responsible for that and, therefore, to an intense judicialization of politics in the country, that transfers to the judicial system issues, including the ones that embrace the public policies, that were traditionally decided in other spheres of the State activity. However, it is known that the definition, management and planning of these policies concerns especially to the Legislative and Executive Power and that none of these attributions were constitutionally granted to the Judicial Power, that could allow a directly judicial actuation over these issues. However, it is possible to realize that often when the Judicial Power do the judicial review of the legislative and the administrative activity, it also ends up having to decide over the public policies. This work aims to verify how the Judicial Power do the public policies judicial review, being aware that besides some internal boundaries, the judicial system must respect the discretion conceded to the public agents, that are the major managers of these issues.

Keywords: Public policies. Judicial Power. Judicialization of politics. Judicial review. Legislative and administrative discretion. Judicial boundaries.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	POLÍTICAS PÚBLICAS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	15
2.1	PARA UM CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	17
2.1.1	Políticas públicas como manifestação do interesse público	22
2.1.2	Políticas públicas como um meio de assegurar o “mínimo existencial”	24
2.1.3	Políticas públicas como forma de intervenção do Estado na ordem econômica-social.....	27
2.2	A DEMOCRACIA NA FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	29
2.3	A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUAS PROPOSTAS.....	31
2.3.1	A separação dos Poderes e suas atribuições	34
2.4	POLÍTICAS PÚBLICAS: A AMPLIAÇÃO DO DEBATE APÓS A CF/88 E A SEPARAÇÃO DOS PODERES	37
2.4.1	A CF/88 e o Poder Judiciário: até que ponto o controle judicial está em conformidade com a Constituição?	38
3	O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL E O AFLORAR DE UM “SUPERPODER”	41
3.1	BREVE CONTEXTO HISTÓRICO PARA A ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO.....	41
3.2	A ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL	44
3.2.1	A Judicialização da Política pós Constituição Federal de 1988	46
3.2.2	O Ativismo Judicial e o pretexto de concretização dos direitos.....	49
3.2.2.1	O decicionismo judicial baseado em princípios.....	53
3.2.2.2	A utilização dos conceitos jurídicos indeterminados	56
3.2.3	A politização da Justiça.....	57
4	O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	61
4.1	O CONTROLE JUDICIAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA E LEGISLATIVA	63

4.2	PARÂMETROS PARA O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	68
4.2.1	O controle judicial da formulação	70
4.2.2	O controle judicial da execução	72
4.2.3	O controle judicial da omissão	76
4.3	LIMITES DA ATUAÇÃO JUDICIAL	78
4.3.1	Ausência de legitimidade democrática	78
4.3.2	Implicações orçamentárias.....	80
4.3.3	Incapacidade institucional do Poder Judiciário	82
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	86
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	89

1 INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, vinculado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina apresenta fortes relações teóricas com as áreas de Direito Administrativo e Direito Constitucional brasileiros, tendo como tema central a análise do controle judicial das políticas públicas e algumas de suas principais implicações.

No tocante à delimitação do tema, parte-se de uma contextualização da categoria das políticas públicas, num cenário pós Constituição Federal de 1988, bem como a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, também a partir desse período, buscando os principais fatores que contribuíram para esse agigantamento, a fim de analisar os principais aspectos do controle judicial das políticas públicas e os limites de atuação do Poder Judiciário sobre a matéria.

Sobre as justificativas do presente trabalho, é importante salientar que as políticas públicas refletem um conjunto de planos de ação e propostas governamentais que visam concretizar direitos, principalmente os de caráter constitucional, que envolvem especialmente prestações positivas, que devem ser assegurados por parte do Estado à população. Assim, tem-se que, independentemente do lugar em que são criadas, se no Legislativo ou no Executivo, a sua execução, planejamento e gestão frequentemente ficam a cargo da Administração Pública.

Ou seja, percebe-se que, em se tratando de políticas públicas, nenhuma competência ou atribuição foi especificamente outorgada ao Poder Judiciário. No entanto, muitas vezes, principalmente ao realizar o controle judicial da atividade legislativa e administrativa, ele acaba sendo invocado para tratar de assuntos dessa índole. E, em um país carente (não só, mas especialmente) da concretização de direitos fundamentais, a atividade judicial, ao conceder prestações envolvendo saúde, educação, saneamento básico, moradia, entre outras, passa a ser vista como uma via bastante atrativa pela população.

O problema central, portanto, reside no fato de buscar entender até que ponto o Judiciário, ao exercer o controle judicial da atividade legislativa e administrativa, tendo

que se manifestar sobre questões que envolvem políticas públicas, pode adentrar em esferas típicas de outras funções do Estado e substituir as escolhas do administrador e do legislador pelas suas próprias.

Diante disso, a hipótese com a qual se a dialoga, é a que considera que o controle judicial das políticas públicas sofre variações a depender do momento do ciclo de existência da política pública em que ele é realizado e investiga se, em alguns desses momentos, o Judiciário pode livremente se substituir ao legislador e ao administrador público.

Nesse sentido, o trabalho se desenvolve a partir das seguintes variáveis: políticas públicas, Estado Constitucional e Democrático de Direito, interesse público, mínimo existencial, reserva do possível, democracia participativa, separação de poderes, judicialização da política, ativismo judicial, politização da justiça, atividade administrativa, atividade legislativa e controle judicial.

O objetivo geral do trabalho, portanto, é verificar de que forma as políticas públicas e o Poder Judiciário aparecem no debate brasileiro a partir de uma perspectiva que envolve tanto o controle, como os limites da atuação judicial sobre a matéria.

E, através desse objetivo geral, especificam-se três outros objetivos: analisar as principais ideias em torno das políticas públicas e qual a sua relação com o Poder Judiciário, num contexto pós Constituição de 1988; discutir as principais razões pelas quais o Poder Judiciário experimenta um agigantamento de suas funções; e, por fim, demonstrar de que forma o Poder Judiciário realiza o controle judicial das políticas públicas.

O método de abordagem é o indutivo, com método de procedimento de pesquisa monográfico. A técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica, a partir de fontes primárias (legislação constitucional e infraconstitucional brasileira) e secundárias (livros com temas específicos, manuais, artigos de revistas especializadas em suporte físico e digital, bem como outros trabalhos de conclusão de curso, dissertações e outros documentos públicos de acesso digital).

Dito isso, cumpre asseverar que o trabalho está dividido em três capítulos, sendo que o primeiro busca contextualizar as políticas públicas numa perspectiva pós

Constituição Federal de 1988. Na busca por um conceito operacional sobre a categoria, analisar-se-á as principais noções feitas sobre políticas públicas, a partir de uma aproximação com os conceitos de interesse público, mínimo existencial e de intervenção do Estado na ordem econômica-social.

A partir disso, ainda no primeiro capítulo, busca-se entender de que forma o elemento democrático aparece na formulação das políticas públicas e como a constitucionalização dos direitos, entre as promessas promovidas pela Constituição de 1988, é importante para uma adequada acepção das políticas públicas. Encerrando o primeiro capítulo, aborda-se a relação entre a separação dos poderes e as políticas públicas e como a promulgação do referido diploma normativo contribuiu para uma ampliação do debate especialmente acerca da relação entre políticas públicas e Poder Judiciário.

O segundo capítulo terá como linha mestra a investigação sobre alguns fatores que contribuem para que o Poder Judiciário brasileiro assuma, cada vez mais, predicados compatíveis com os de um superpoder. Serão analisados, ainda, temas como a judicialização da política, o ativismo judicial e a politização da justiça, sob a perspectiva da conexão desses assuntos com a ascensão do Judiciário no país.

No terceiro e último capítulo, será abordado o controle judicial das políticas públicas, a partir do controle judicial das atividades administrativa e legislativa. Serão, ainda, destacados alguns parâmetros para o controle judicial, que sofre variações a depender do momento em que ele é realizado (etapas de formulação e execução) e da existência ou não de omissão por parte dos Poderes Públicos, bem como abordados alguns limites para a atuação judicial no tocante ao controle das políticas públicas.

Ressalta-se, por fim, que a aprovação do presente Trabalho de Conclusão de Curso não representa o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora, e do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, acerca das ideias ou conclusões nele expostas.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição de um país funciona verdadeiramente como sua Lei Fundamental, ou seja, nos países que possuem constituições escritas,¹ é o diploma no qual são positivadas todas as normas de organização do Estado e da sociedade civil (objetivos, fundamentos, poderes, limitações, direitos fundamentais, deveres, organização do Estado, etc). Trata-se, portanto, de

um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias.²

É inegável, portanto, a importância de tal diploma legal na vida de um país. E, com o Brasil, não é diferente. A Constituição Federal de 1988, que inaugurou um novo momento político na nação e que constituiu o país em um Estado Democrático de Direito,³ foi responsável, também, por incorporar um sistema de valores que deve ser observado tanto pelo Estado, como pelos particulares, além de influenciar diretamente toda a ordem jurídica infraconstitucional, funcionando como “filtro axiológico, a partir do qual devem ser lidas todas as normas pertencentes ao sistema por ela fundado.”⁴

¹ Isso porque, as constituições podem ser escritas ou não escritas. As constituições não escritas são chamadas costumeiras ou consuetudinárias e caracterizam-se por serem advindas dos costumes, das práticas sociais reiteradas de determinado grupo social. Trata-se, segundo José Afonso da Silva, de classificação quanto à forma das constituições. Assim, enquanto a constituição escrita é “codificada e sistematizada num texto único, elaborado reflexivamente e de um jato por um órgão constituinte, encerrando todas as normas tidas como fundamentais sobre a estrutura do Estado, a organização dos poderes constituídos, seu modo de exercício e limites de atuação, os direitos fundamentais (...)”; a constituição não escrita distingue-se pois suas “normas não constam de um documento único e solene, mas se baseiam principalmente nos costumes, na jurisprudência e em convenções e em textos constitucionais esparsos, como é a Constituição inglesa”. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 43. Paulo Bonavides acrescenta, ainda, que existem “constituições complementadas em sua aplicação pelo costume (...), onde o elemento consuetudinário entra igualmente como fator auxiliar e subsidiário importantíssimo para completar e corrigir o texto constitucional lacunoso ou suprir, pela interpretação, partes obscuras e controversas da constituição. Assim ocorre com a Constituição norte-americana (...)”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 84-85.

² SILVA, 2000. p. 39-40.

³ 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: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. In: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. A constitucionalização do direito administrativo e as políticas públicas. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 275, abr./jun. 2010.

Assim, sob a ótica de uma perspectiva neoconstitucionalista,⁵ em que se reconhecem as insuficiências dos modelos puramente liberal e social de Estado,⁶ parte-se para uma concepção de Estado em que as liberdades individuais coexistem com os direitos sociais, equalizados principalmente pelo viés democrático proposto pela Constituição de 1988. Há, portanto, um “deslocamento da centralidade das preocupações sociopolíticas e normativas para a pessoa humana, para o seu desenvolvimento cultural, político e social, a partir de um modelo substantivo de justiça social.”⁷

Além de ser responsável por promover a redemocratização do país, a Constituição Federal de 1988 foi igualmente responsável por promover uma aproximação entre a realidade social e seu texto legal. E, embora o texto constitucional seja de fato prolixo e contemple um gigantesco conjunto de reivindicações, seus dispositivos e o complexo simbólico por ela representado, também foram capazes de fazer nascer “um sentimento constitucional no país, que é algo que merece ser

⁵ Neoconstitucionalismo como movimento de constitucionalização do Direito, como novo paradigma jurídico que origina o Estado Constitucional de Direito. Luís Roberto Barroso identifica três marcos essenciais para o referido movimento: o **marco histórico**, que representa o constitucionalismo inaugurado na Europa, pós 2ª Guerra Mundial e, no Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a sua contribuição para o processo de redemocratização do país; o **marco filosófico** é representado pelo pós-positivismo, em que ele se apresenta como uma “terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política [...], para reconhecer que essas três dimensões se influenciam mutuamente também quando da aplicação do Direito, e não apenas quando da sua elaboração” e o **marco teórico**, que envolve três grandes conjuntos de mudanças de paradigmas: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dinâmica de interpretação constitucional. BARROSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto**. [S.l.], 2013. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 16, set. 2017. e BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 3-12, abr. 2005.

⁶ O Estado liberal é marcado predominantemente por uma postura abstencionista de Estado, em que suas principais características são a submissão às leis, a divisão de poderes e a garantia dos direitos individuais. No entanto, “o individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais [...], desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade da justiça social [...]” Assim, o Estado social surge com a promessa de concretizar direitos econômicos e sociais. Um de seus principais problemas, é que o Estado Social comportou diversas ideologias sob a sua concepção. “A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, Portugal Salazarista, a Inglaterra de Churchill e Attlee, a França, com a Quarta República, foram “Estados Sociais”, o que evidencia que o Estado Social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo”. In: SILVA, 2000. p. 116-120.

⁷ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público**. Novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015. p. 77.

celebrado. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.”⁸

E um dos principais aspectos responsáveis por promover a aproximação entre a realidade social e o texto constitucional foi a contemplação de políticas públicas, direcionadas aos mais variados grupos sociais e abarcando os mais diversos objetivos, tendo sempre como fundamento a valorização da dignidade da pessoa humana. Com efeito, todas essas características facilitam a compreensão do porquê a Constituição Federal de 1988 ter recebido a alcunha de Constituição Cidadã e ter contribuído para aflorar o sentimento de pertencimento dos cidadãos – afinal, grande parte dos anseios do povo brasileiro encontravam respaldado no diploma constitucional.

Nesse sentido e a fim de contextualizar de que forma o Poder Judiciário está inserido no plano constitucional para posteriormente identificar de que forma ele realiza o controle das políticas públicas é que o primeiro capítulo deste trabalho se propõe a buscar um conceito de políticas públicas, num viés pós Constituição de 1988, observar algumas formas pelas quais esse conceito se apresenta e de que forma o elemento democrático aparece na formulação dessas medidas.

Além disso, observar-se-á o aspecto programático da CF/88, ou seja, quais foram as principais preocupações do texto constitucional para, a partir daí, investigar de que forma a separação e a definição das atribuições de cada uma das esferas de Poder se manifesta no referido diploma legal. Por fim, far-se-á uma análise acerca da ampliação do debate sobre as políticas públicas após a CF/88 e de que forma o controle judicial das políticas públicas está (ou não) em conformidade com a Constituição.

2.1 PARA UM CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Inicialmente, é preciso buscar um conceito de políticas públicas, afinal muitas vezes o termo é utilizado de forma genérica e abstrata sem que se possa compreender o que ele significa, nem qual é a sua abrangência semântica. Some-se a isso o fato de que o termo não apresenta conceituação nem pelas normas constitucionais, nem pelas

⁸ BARROSO, 2013. p. 7.

normas infraconstitucionais, o que faz com que os conceitos sejam desenvolvidos principalmente pela doutrina brasileira.

Diante desse cenário, ressalta-se que a necessidade de buscar uma definição para o termo se mostra ainda mais pertinente após a promulgação do diploma constitucional, uma vez que “a Constituição de 1988 não apenas é a maior de todos os tempos, como acolheu uma quantidade extraordinária de políticas públicas, que totalizam praticamente 30% do texto constitucional.”⁹

Esse intenso movimento de constitucionalização das políticas públicas deu-se, também, pelo fato de que a Constituição de 1988 inaugurou, como se disse anteriormente, um novo período político no país, superando o regime autoritário da Ditadura Militar (1964-1985) e promovendo uma sociedade fundada no respeito pela dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o Estado passa a assumir verdadeiras obrigações positivas, ou seja, de prestação frente aos cidadãos, principalmente através da positivação de inúmeros direitos sociais no texto constitucional.

Reconhecendo o caráter prestacional do Estado, Dimitri Dimoulis entende que as políticas públicas funcionam como uma forma de implementação dos direitos sociais, pois

abandonando o minimalismo estatal que caracterizava os regimes ditos liberais, o Estado começa a elaborar e executar políticas públicas, tanto as diretamente prestacionais (saúde, educação), como as relacionadas com a criação de normas que tutelam direitos (legislação trabalhista, previdenciária), assim como as relacionadas com a regulamentação da atividade econômica dos particulares.¹⁰

Saulo Lindorfer Pivetta aduz que “a relevância das políticas públicas enquanto categoria do direito público é revigorada com a constitucionalização dos direitos sociais, especialmente a partir do momento em que são consagrados como direitos fundamentais.”¹¹ Assim, o autor mencionado define que políticas públicas são os “instrumentos de ação do Estado, que pressupõem planejamento e participação popular

⁹ ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. A Constituição sem fim. In: DINIZ, Simone; PRAÇA, Sérgio (Orgs.). **Vinte anos de Constituição**. São Paulo: Paulus, 2008. p. 43-44.

¹⁰ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Dimensões da constitucionalização das políticas públicas. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 240, set./dez. 2016.

¹¹ PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 99.

(direta ou indireta), articulando a atividade administrativa para a realização dos objetivos constitucional e legalmente traçados.”¹²

Todavia, adverte o referido autor, que embora a Constituição de 1988 tenha um caráter dirigente¹³, que propõe meios de assegurar principalmente os direitos sociais através das políticas públicas, “isso não quer dizer que os direitos de liberdade não demandem políticas públicas para serem protegidos ou promovidos.”¹⁴ Isso porque, “tanto direitos sociais como direitos de liberdade atuam como feixes de posições jusfundamentais, de modo que, a depender da situação considerada, poderão atuar como direitos de defesa ou direitos a prestações, ensejando condutas positivas ou negativas para que sejam concretizados.”¹⁵

Partindo, também, de um viés que compreende as políticas públicas como um meio de consolidar os direitos fundamentais, Bernardo Lima Vasconcellos Carneiro entende que

políticas públicas são formas de atuação do Estado no qual este, por meio de um planejamento (...), fixa programas de ação de médio e longo prazo que visam assegurar materialmente a satisfação de direitos fundamentais e executá-

¹² PIVETTA, 2014. p. 100.

¹³ Sobre o conceito de constituição dirigente, é importante fazer alguns apontamentos. Isso porque, o conceito original de constituição dirigente foi cunhado na tese de doutorado do jurista português, José Joaquim Gomes Canotilho, no ano de 1982, a partir de uma análise da Constituição Portuguesa (1976). É que, assim como a constituição brasileira, a Constituição de Portugal é bastante democrática, rica em conquistas e na inserção de valores sociais, ou seja, cheia de promessas. No entanto, tal diploma carecia de força normativa. Daí que Canotilho cria a tese da constituição dirigente para esclarecer que, mesmo em se tratando de normas programáticas, as normas constitucionais têm aplicabilidade e vinculam o legislador, que deve agir de acordo com as prioridades e as linhas de ação positivadas na Constituição. Todavia, ressalta-se que o jurista mudou um pouco o seu posicionamento por entender que, muitas vezes, os dispositivos constitucionais de caráter dirigente são incompatíveis com a sociedade moderna, que é plural, heterogênea e com fortes tendências à auto-organização. Assim, propõe a ideia de uma constituição diretiva, isto é, de um diploma normativo que não se exaure em si mesmo e que se torna apenas um dos meios existentes dentro de um sistema dirigido, em que coexistem diversas microestruturas, capaz de promover práticas emancipatórias. Diversos debates foram travados sobre o tema, sendo que um dos mais importantes ocorreu nas “Jornadas sobre a Constituição Dirigente em Canotilho”, em que diversos juristas brasileiros dialogaram junto com o jurista de Portugal sobre o assunto. Completaram a discussão entendendo que a ideia de constituição dirigente persiste, mas a partir de um novo patamar conceitual, que deve estar associado ao contexto histórico em que a Constituição analisada se encontra (até porque, Canotilho propõe uma revisão do conceito de constituição dirigente apontando para o conceito de constituição diretiva, considerando a conjuntura europeia, especialmente a de Portugal). Nesse sentido, analisando a constituição brasileira, bem como o contexto histórico em que ela se manifesta, observa-se que se trata de uma carta de fato programática e compromissária, que promove práticas emancipatórias (afinal, inaugura um período democrático num Brasil pós ditadura), que contempla direitos, mas que ao mesmo tempo procura apontar linhas de ação aos Poderes Públicos. In: SCHOLZE, Victor. Emprego da teoria da constituição dirigente adequada à realidade brasileira. **Jus.com.br**, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/30277/emprego-da-teoria-da-constituicao-dirigente-adequada-a-realidade-brasileira>. Acesso em: 21 nov. 2017.

¹⁴ PIVETTA, 2014. p. 100.

¹⁵ PIVETTA, 2014. p. 100.

los, seja diretamente por intermédio de seus órgãos e entidades da Administração Indireta, seja por meio de particulares, que agiriam por delegação ou incentivo do Estado.¹⁶

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “políticas públicas são metas e instrumentos de ação que o Poder Público define para a consecução de interesses públicos que lhe incumbe proteger.”¹⁷ No mesmo sentido, Maria Paula Dallari Bucci compreende que “políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”¹⁸

Feitos alguns apontamentos sobre as definições que o tema recebe da doutrina nacional, cumpre assinalar o conceito operacional que será utilizado para tratar o tema no presente trabalho. Para tanto, utiliza-se a definição formulada por José Sérgio da Silva Cristóvam e João Ricardo Catarino, em que

As políticas públicas podem ser entendidas como o conjunto de planos e programas de ação governamental voltados à intervenção no domínio social, por meio dos quais são traçadas (formuladas) as diretrizes e metas a serem fomentadas e perseguidas/promovidas pelo Estado, sobretudo na concretização dos objetivos e direitos fundamentais insculpidos na Constituição.¹⁹

Após verificar de que forma o conceito “políticas públicas” geralmente se manifesta na doutrina e adotar o conceito operacional que será utilizado no presente trabalho, é mister apontar qual classificação acerca das fases de instituição das políticas públicas que será adotada. Isso porque, ainda há divergência sobre o assunto e a doutrina não é uniforme quanto ao processo de formação de uma política pública e abordar o ciclo das políticas públicas é fundamental para que se possa entender e visualizar melhor, através de suas fases sequenciais, como se dá vida a uma política pública²⁰.

¹⁶ CARNEIRO, Bernardo Lima Vasconcelos. O controle jurisdicional das políticas públicas: possibilidades, limites e parâmetros. **Revista CEJ – Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, n. 65, p. 17, jan./abr. 2015.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 899.

¹⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241.

¹⁹ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; CATARINO, João Ricardo. Políticas públicas, mínimo existencial, reserva do possível e limites orçamentários: uma análise a partir da jurisprudência dos tribunais no Brasil. In: GOMES, Marcus Lívio; ALVES, Raquel de Andrade Vieira; ARABI, Abhner Youssif Mota. (Coords.). **Direito financeiro e jurisdição constitucional**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 120.

²⁰ SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2012. p. 33.

Diante desse cenário, adotar-se-á, com relação às fases de instituição das políticas públicas, a classificação de Leonardo Secchi que, reconhecendo as várias versões já desenvolvidas sobre o ciclo das políticas públicas, restringe-se às sete principais fases, quais sejam: “1) identificação do problema; 2) formação da agenda; 3) formulação de alternativas; 4) tomada de decisão; 5) Implementação; 6) Avaliação; 7) Extinção.”²¹

Desenvolvendo uma breve explicação acerca de cada uma dessas fases, pode-se dizer que a identificação do problema aparece quando se tem uma “discrepância entre o status quo e uma situação ideal possível. [...] é a diferença entre aquilo que é e aquilo que se gostaria que fosse a realidade pública.”²² A formação da agenda diz respeito ao conjunto dos problemas entendidos como relevantes e merecedores da intervenção pública.²³ Na formulação das alternativas, estudam-se as soluções disponíveis, estabelecendo-se objetivos, estratégias e verificando quais as potenciais consequências de cada uma das soluções para, posteriormente, tomar-se a decisão acerca do modo de enfrentamento do problema público e dar início à concretização da solução.²⁴

Tomada a decisão, inicia-se a fase de implementação da política pública, ou seja, de sua execução, em que as intenções tornam-se ações.²⁵ E é justamente nessa fase de execução que obstáculos e falhas (muitas vezes existentes desde o processo de formulação) tornam-se mais evidentes. No momento de avaliação da política pública, faz-se juízos sobre a validade da proposta de política pública, sobre o seu sucesso ou fracasso.²⁶ E, por fim, tem-se o momento de extinção da política pública que, para o autor, pode ocorrer de três maneiras: quando o problema é resolvido, quando as leis ou ações que fomentaram a política pública são avaliados como ineficazes e, quando o problema progressivamente perdeu sua importância e saiu da agenda.²⁷

Por fim e apenas para evitar eventuais confusões com relação às acepções do termo, cumpre diferenciar políticas públicas das políticas de governo.²⁸ Isso porque, as expressões não são sinônimas e não podem ser utilizadas em substituição uma a outra,

²¹ SECCHI, 2012. p. 33.

²² SECCHI, 2012. p. 34.

²³ SECCHI, 2012. p. 36.

²⁴ SECCHI, 2012. p. 37 e 40.

²⁵ SECCHI, 2012. p. 44.

²⁶ SECCHI, 2012. p. 49.

²⁷ SECCHI, 2012. p. 53.

²⁸ CRISTÓVAM; CATARINO, 2016a. p. 120.

pois enquanto a política pública, entendida como um comando constitucional, apresenta um caráter de permanência e continuidade; a política de governo está muito mais relacionada ao mandato eletivo, muito embora, na prática, infelizmente, muitos governos façam das políticas públicas instrumentos populistas, convenientes apenas aos interesses do projeto político que defendem naquele momento.

Nos próximos itens, portanto, serão observadas algumas das principais formas pelas quais as políticas públicas aparecem no debate público e quais as suas principais implicações/características.

2.1.1 Políticas públicas como manifestação do interesse público

Uma das associações que geralmente se faz quando o assunto é políticas públicas é aquela que entende as referidas medidas como uma forma de salvaguardar os interesses públicos. E, diante de uma Constituição farta de direitos fundamentais (sociais, principalmente), constitucionalizados em seus dispositivos, é admissível a compreensão de que um dos objetivos das políticas públicas é garantir que os interesses públicos positivados no texto constitucional sejam de fato atendidos.

Nesse sentido, interessante mencionar a acepção de políticas públicas como um meio para se definir as ações públicas, através de conceito delineado por Maria Paula Dallari Bucci, em que “As políticas públicas devem ser vistas também como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito.”²⁹ Assim, entende que

A escolha das diretrizes da política, os objetivos de determinação do programa não são simples princípios de ação, mas são os vetores para a implementação concreta de certas formas de agir do Poder Público, que levarão a resultados desejados. [...] Cada vez mais os atos, contratos, regulamentos e operações materiais encetados pela Administração Pública, mesmo no exercício de competências discricionárias, devem exprimir não a decisão isolada e pessoal do agente público, mas escolhas politicamente informadas que por essa via demonstrem os interesses públicos a concretizar.³⁰

²⁹ BUCCI, 2002. p. 264.

³⁰ BUCCI, 2002. p. 267-268.

O que se percebe, portanto, é que a implementação de políticas públicas está condicionada a um processo de escolha do administrador público que, ao observar os comandos constitucionais, deve pautar sua decisão sempre sob a perspectiva do interesse público.

Todavia, em se tratando do termo “interesse público”, é fundamental fazer algumas observações. Isso porque, um dos princípios estruturantes e que funcionam como norte para a atividade da Administração Pública, enquanto detentora das funções político-administrativas do Estado,³¹ é justamente o princípio da supremacia dos interesses públicos. E, conforme Lênio Luiz Streck, trata-se, atualmente, de “expressão que sofre de intensa ‘anemia significativa’, nela ‘cabendo qualquer coisa.’”³²

E, diante de uma Constituição Cidadã, que propõe um Estado Constitucional-Democrático de Direito, essencialmente inclusivo e que dialoga com os interesses dos mais variados setores da sociedade, é imperioso analisar um conceito de interesse público que esteja afinado a essa nova realidade.

Daí que José Sérgio da Silva Cristóvam, após reconhecer a dificuldade semântica que envolve o termo, compreende o interesse público a partir de uma estrutura bidimensional, com um conceito em sentido amplo e outro em sentido estrito. Dessa forma, o autor ensina que “[...] na perspectiva abrangente [...], a efetiva satisfação do interesse público poderá residir exatamente na defesa de determinado interesse individual (privado), no sentido de que a realização deste importa na concretização daquele, em uma espécie de vinculação estrutural.”³³

Enquanto que

A perspectiva restritiva do conceito de interesse público (sentido estrito), por sua vez, vincula-se àqueles princípios, valores e objetivos que marcam o conjunto de interesses coletivos e sociais estabelecidos pela ordem normativa constitucional, conjugados em favor da comunidade política e não apenas de um ou outro cidadão individualmente considerado.³⁴

³¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro diz que, em sentido amplo, a Administração Pública, objetivamente considerada, “compreende a função política, que traça as diretrizes governamentais e a função administrativa, que as executa”. In. DI PIETRO, 2002. p. 83.

³² STRECK, Lênio Luiz. Ministros do STJ não devem se aborrecer com a lei. **ConJur – Consultor Jurídico**, 2012a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-07/senso-incomum-nao-aborreca-lei-ministra-nancy-andrighi>. Acesso em: 21 nov. 2017.

³³ CRISTÓVAM, 2015. p. 108.

³⁴ CRISTÓVAM, 2015. p. 111.

Ou seja, em sentido amplo o interesse público deve atender aos anseios de determinada coletividade, pois ao lado do interesse individual de cada pessoa, existe também um interesse pessoal que é compartilhado pela coletividade, de modo que o interesse público se justifica enquanto um meio de realização dos interesses das partes que integram aquela coletividade,³⁵ isso porque “o interesse público não pode ser aquele em que o indivíduo não encontre ou não identifique a sua porção concreta de interesse individual.”³⁶ E, em sentido estrito, significa que o interesse público está necessariamente vinculado com os comandos constitucionais que traduzem os anseios da sociedade coletivamente considerada, não podendo prevalecer o interesse individual de um, em detrimento do interesse público de todos.

Assim, o interesse público deve ser assegurado, não por ser considerado como um princípio hierarquicamente superior ao interesse particular, até porque “todos os princípios têm assento constitucional idêntico e se encontram no mesmo nível hierárquico;”³⁷ mas sim, porque o interesse público, por ter um caráter geral, abrange o interesse particular.

2.1.2 Políticas públicas como um meio de assegurar o "mínimo existencial"

Outra forma bastante comum de se entender as políticas públicas é a que deriva da concepção de que elas são o meio mais usual pelo qual o Poder Público pretende assegurar o “mínimo existencial” à população, na tentativa de garantir uma vida digna a todos. Isso decorre, principalmente, da carta constitucional brasileira, que elencou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República,³⁸ obrigando que todas as normas jurídicas (constitucionais e infraconstitucionais) sejam interpretadas a partir dessa perspectiva, bem como que a atuação dos Poderes Públicos, ao tutelar os interesses públicos, seja também orientada por esse valor supremo.

³⁵ FERRARI, 2010. p. 282.

³⁶ FERRARI, 2010. p. 283.

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 133.

³⁸ 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**; In: BRASIL, 1988.

Todavia, além de não ser fácil definir semanticamente o que é o princípio da dignidade da pessoa humana, há grande divergência sobre o que constitui esse “mínimo existencial” dela decorrente, quais direitos são contemplados por essa categoria e como concretizar essas necessidades mínimas de subsistência.

Para Di Pietro, o princípio da dignidade da pessoa humana é “um princípio cujo significado é mais fácil de intuir do que definir”, e acrescenta que “em hipóteses extremas [...], a dignidade da pessoa humana exige, pelo menos, um teto onde se abrigar, alimentos para manter-se, roupas adequadas para vestir, educação, saúde, trabalho, segurança, salário compatível com as necessidades mínimas de subsistência.”³⁹

A partir daí é possível observar que o mínimo existencial está substancialmente ligado com a ideia de assegurar condições mínimas para uma vida digna. Ou seja, de todos os direitos, que contemplam prestações positivas e negativas, positivados na Constituição, o mínimo existencial compreende aquela porção sem a qual não é possível ter uma vida digna, como saúde, educação, assistência social, saneamento básico, entre outros.

Nesse sentido, Renata Elisandra de Araujo ao tratar da temática, cita as lições de Luís Roberto Barroso, para o qual “o mínimo existencial corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que proporcionam o acesso aos valores civilizatórios e à participação esclarecida no processo político [...]”⁴⁰ Dessa forma, é possível admitir que uma das justificativas para se implementar uma política pública é aquela que decorre da necessidade de se garantir o mínimo existencial.

No entanto, cumpre fazer breves apontamentos sobre a teoria da reserva do possível,⁴¹ uma vez que, a princípio, a Administração Pública não poderia invocar tal

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. **R&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, n. 52, p. 14-15, abr./jun. 2013.

⁴⁰ ARAUJO, Renata Elisandra de. O controle judicial da execução das políticas públicas no Brasil. **Publicações da Escola da AGU**, Brasília, n. 01, p. 327, 2009.

⁴¹ Teoria que surgiu originalmente a partir de jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, que reconheceu que a implementação dos direitos sociais envolve proporcionalidade e razoabilidade da pretensão do demandante e está condicionada aos recursos do Estado para tanto. Na ocasião, a contenda versava sobre o acesso às vagas do ensino superior, uma vez que a Lei Fundamental daquele país garantia a todos os alemães o direito de eleger sua profissão, o lugar de trabalho e sua formação. Assim, chegou-se à conclusão de que o acesso ao ensino superior é permitido a todos, mas restrito a um número de vagas, assim “não se tratava de o Estado destinar mais recursos para ampliar o número de vagas, mas de exigir do Estado algo razoável”. Portanto, não se trata apenas de uma reserva no sentido financeiro e orçamentário do termo, mas também “do comprometimento do Estado com as pretensões dos sujeitos, em termos de limites possíveis”. In: BITENCOURT, Caroline Müller. A reserva do possível no contexto da

matéria de defesa quando o direito envolvido fosse contemplado pelo mínimo existencial. Isso porque, a reserva do possível funciona como elemento de limitação à ação estatal que, face aos diversos direitos positivados, não dispõe de recursos para assegurar cada um deles. Assim, conforme já se disse antes, o processo de garantia de um direito, que envolve a implementação de uma política pública, reclama uma opção do administrador, que de fato está condicionado pela finitude dos recursos estatais.

Só que “o reconhecimento da teoria da reserva do possível não pode eximir o Estado do seu dever de garantir o mínimo existencial.”⁴² Nesse sentido,

Os limites da reserva do possível não podem ser admitidos como argumentos de isenção do Estado na promoção de direitos inscritos na Constituição, em especial no caso do mínimo existencial. [...] Um debate sobre limites à eficácia de direitos fundamentais que gravite no âmbito da garantia do mínimo existencial não pode considerar como legítimos e aceitáveis argumentos fundados estritamente na reserva do possível.⁴³

Ou seja, a reserva do possível não pode ser utilizada como pretexto para o Estado furtar-se das suas obrigações, principalmente no que diz respeito ao mínimo existencial. E, da mesma forma, com relação às demais categorias de direitos fundamentais, o Estado não pode alegar deliberadamente a reserva do possível apenas para justificar a sua inércia na efetivação desses direitos.

Cumprе esclarecer, por fim, com base nas lições do Min. Celso de Mello, apontadas por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que a aplicação da reserva do possível deve considerar a razoabilidade da pretensão individual/social feita perante o Poder Público, bem como a disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, que o possibilitem tornar efetivas as prestações reclamadas.⁴⁴ Ou seja, trata-se de um binômio que deve ser observado e utilizado com prudência pela Administração Pública; e não como escusa primordial para justificar o descaso do Estado com a Constituição e, principalmente, com a população.

realidade constitucional brasileira e sua aplicabilidade em relação às políticas públicas e aos direitos sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, n. 55, p. 216-217, jan./mar. 2014.

⁴² ARAUJO, 2009, p. 326.

⁴³ CRISTÓVAM; CATARINO, 2016a. p. 126.

⁴⁴ DI PIETRO, 2013. p. 31-32.

2.1.3 Políticas públicas como forma de intervenção do Estado na ordem econômica-social

Em um Estado Democrático de Direito, em que vários direitos fundamentais foram positivados no texto constitucional, principalmente direitos sociais, que envolvem prestações positivas por parte do Estado, como é o caso da República Federativa do Brasil, é bastante comum que as políticas públicas sejam vistas como um meio do Estado intervir na ordem econômica-social do país.

No entanto, essa “intervenção” não deve ser interpretada com o mesmo sentido axiológico da intervenção típica do Estado de bem-estar social,⁴⁵ que era caracterizado pelo forte intervencionismo estatal, tanto na política, na economia e no bem-estar social de seus cidadãos, sob pena de se cometer um grave anacronismo. Isso porque, a atual conjuntura do Estado brasileiro não permite afirmar que o país se enquadra estritamente dentro da categoria de Estado de bem-estar social, como foi o governo típico de muitos Estados dos anos 50 e 60 do século passado.

E, para uma melhor compreensão do assunto, importante aduzir as lições de Eros Roberto Grau acerca da distinção, embora inaparente, entre os vocábulos intervenção e atuação. Isso porque, intervenção, em sua conotação mais estrita, significa precisamente atuação em área de outrem; enquanto que atuação é um vocábulo genérico que pode ser utilizado tanto para indicar, referindo-se à atividade estatal, a atuação do Estado em sua própria área de atuação, como na área de atuação do setor privado, por exemplo. O jurista explica, portanto, que quando o Estado atua em área de titularidade do setor privado, estaria adotando muito mais uma postura interventiva.⁴⁶

⁴⁵ O Estado de bem-estar social, ou Estado Social, ou Estado-Providência, ou, ainda, *Welfare State* é um modelo de Estado que foi adotado por muitos países, principalmente após a 2ª Guerra Mundial (1939-1945) e se caracteriza por ter um “governo protagonista na manutenção e na promoção do bem-estar político e social do país e de seus cidadãos”, promovendo a justiça social, através de condições mínimas de saúde, educação, habitação, entre outras. No entanto, principalmente após a década de 80, do século passado, vários Estados que adotaram esse modelo tiveram severas crises econômicas, o que demandou uma reformulação das políticas econômicas em vigência, que passaram a ter um caráter muito mais liberal. A esse fenômeno deu-se o nome de neoliberalismo. In: NAGAMINE, Lucas Civile. Estado de bem-estar social e estado liberal: entenda a diferença. **Portal Politize**, 2017. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/estado-de-bem-estar-social-e-estado-liberal-diferenca/>> Acesso em: 21, set. 2017.

⁴⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 93-94.

Feitas as considerações acima, pode-se dizer, portanto, que dentro da perspectiva do modelo de Estado brasileiro, as políticas públicas adquirem “um novo sentido, agora não mais de intervenção sobre a atividade privada, mas de diretriz geral, tanto para a ação de indivíduos e organizações, como do próprio Estado.”⁴⁷ Ou seja, o Estado passa a ser um supervisor, e não um agente direto do desenvolvimento do país, “deixa de interferir diretamente na economia, mas assegura a eficiência de instrumentos normativos fundados no uso da força pública em prol das programações livres que propõe à sociedade.”⁴⁸

Isso se dá principalmente pelo caráter regulador do Estado brasileiro, que nas palavras de Marçal Justen Filho, quer dizer que

Somente incumbe ao Estado desempenhar atividades diretas nos setores em que a atuação da iniciativa privada, orientada à acumulação egoística de riqueza, colocarem em risco valores coletivos ou for insuficiente para propiciar sua plena realização. O Estado deve manter a participação no âmbito da segurança, da educação e da seguridade social, evitando a mercantilização de valores fundamentais.⁴⁹

Nesse sentido, percebe-se que o Estado permanece presente na álea econômica, mas não mais como o único ente a planejar e a executar diretamente suas atividades. Ou seja, o Estado mantém-se presente apenas para assegurar que os valores fundamentais que o constituem sejam de fato observados.

Todavia, o que se tem observado, atualmente, é que, em muitos setores, o Estado não tem se mostrado suficiente para assegurar os referidos valores, o que faz com que muitos cidadãos busquem a tutela judicial de direitos constitucionalmente previstos, porém não garantidos pelo Estado. E aí o Poder Judiciário tem desenvolvido um significativo papel no que concerne ao controle judicial das políticas públicas.

Isso porque, muitas vezes o Poder Judiciário, enquanto um dos Poderes da União, ao realizar o controle da atividade administrativa e legislativa, vem interferindo nas políticas públicas, fazendo opções e lavrando decisões que não se coadunam com a competência constitucional que lhe foi concedida. Nesse sentido, notadamente no que diz respeito ao controle judicial das políticas públicas, pode-se dizer que o Estado, enquanto se manifesta pelo Poder Judiciário, intervém na ordem econômica social. E

⁴⁷ BUCCI, 2002. p. 247.

⁴⁸ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 1 ed. 7 reimp. Curitiba: Juruá, 2005. p. 137-138.

⁴⁹ JUSTEN FILHO, 2015. p. 666.

essa intervenção é justamente aquela informada por Eros R. Grau, no sentido de adentrar em esfera de atuação de outrem. No entanto, as formas e os motivos pelos quais esse movimento vem acontecendo serão abordadas mais adiante.

2.2 A DEMOCRACIA NA FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O processo de implementação de uma política pública, como já foi dito, compreende uma escolha do gestor administrativo enquanto representante do Poder Público. Assim, esse tópico destina-se a averiguar se há algum espaço de debate com a população antes da implementação da medida, ou seja, se é possível que os cidadãos influenciem previamente na opção do gestor e do legislador a partir de uma participação democrática no ambiente público.

A necessidade dessa participação democrática decorre, como não poderia ser diferente, da própria Constituição, que estabeleceu um Estado Democrático de Direito, em que o elemento democrático é composto, também, pela democracia participativa, a qual, nas palavras de José Afonso da Silva, “envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo.”⁵⁰ E, com relação à democracia participativa no texto constitucional, o referido autor cita como exemplos o art. 10,⁵¹ da CF/88, que assegura a participação dos trabalhadores e empregados nos colegiados dos órgãos públicos; o inc. VI,⁵² do art. 206, CF/88, que garante a gestão democrática do ensino público; entre outros.

No que concerne especificamente à formulação das políticas públicas, sabe-se que “a iniciativa das políticas públicas não é puramente governamental.”⁵³ Isso porque,

Segmentos da sociedade, formados por grupos de interesses e movimentos sociais, cada qual com determinado grau de penetração política, exercem pressão sobre os órgãos do governo com o objetivo de influenciar a adoção

⁵⁰ SILVA, 2000. p. 123.

⁵¹ Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação. In: BRASIL, 1988.

⁵² Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; In: BRASIL, 1988.

⁵³ CARNEIRO, 2015. p. 19.

desse ou daquele programa de ação, ou mesmo a mudança de rumo de um programa que já esteja em execução.⁵⁴

Mas além da prática de *lobby*,⁵⁵ existem outros meios de participação popular, previstos pela legislação, que ampliam o debate, tornando-o de fato mais democrático e acessível à população. Trata-se, por exemplo, dos Conselhos (de saúde, da educação, do idoso, etc.), que existem no âmbito das três esferas da Federação, e, também, das audiências públicas, “nas quais os setores da sociedade potencialmente afetados pelas medidas a serem adotadas são chamados a se manifestar sobre os temas que estão na pauta política.”⁵⁶

Assim, embora se saiba que quem dará a “palavra final” na formulação das políticas públicas será o Poder Legislativo para posterior execução do Poder Executivo, Eduardo Appio sustenta que

A escolha do conteúdo das políticas públicas, bem como o momento mais adequado para sua efetiva implantação, passa a ser resultado de um processo conjugado de decisão entre as instâncias formais de representação popular [...] e as instâncias paraestatais de representação política, através da intervenção direta de cidadãos ligados às atividades atingidas pelas medidas preconizadas.⁵⁷

O referido autor, com precisão, ainda acrescenta que

O grau de sucesso de uma política pública depende, portanto, da combinação dos modelos representativo e participativo de democracia, os quais devem funcionar de modo complementar, garantindo a legitimidade das decisões governamentais através de mecanismos que aproximem governantes e governados em torno do núcleo da Constituição, os direitos fundamentais.⁵⁸

Essa aproximação decorre justamente da ideia de uma democracia substancial, em que os cidadãos tenham meios para opinar sobre as decisões dos Poderes Públicos e que sua opinião seja de fato levada em consideração pela Administração Pública.

⁵⁴ CARNEIRO, 2015. p. 19.

⁵⁵ Lobby é uma palavra de origem inglesa que é utilizada para designar “a atividade em que empresas, entidades, pessoas físicas, segmentos da sociedade lutam para viabilizar seus interesses perante o Governo, seja no Congresso, seja no Executivo”. No entanto, no Brasil, a atividade não é regulamentada e geralmente é associada como um meio para a prática da corrupção. E, é claro que o lobby que visa práticas corruptivas deve ser tido como algo proibido; mas o “lobby lícito não deveria ser considerado atividade obscura ou ilegal”, porque “a interação entre os agentes públicos e privados é legítima porque a sociedade civil tem o direito de participar do processo de decisão estatal”. In: KIM, Suyani. Lobby x corrupção: entenda a diferença. **Portal Politize**, 2016. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/lobby-ou-corrupcao/>>. Acesso em: 22 set. 2017. Ou seja, o lobby pode ser visto como uma prática que aproxima a população do Poder Público, desde que seja feito da forma correta. Porém, até que a atividade não seja regulamentada no país, ela deve ser vista com cautela.

⁵⁶ CARNEIRO, 2015. p. 19.

⁵⁷ APPIO, 2005. p. 163.

⁵⁸ APPIO, 2005. p. 167.

Através, também, da tomada de decisão conjugada, é que a Administração Pública torna-se cada vez mais democrática e alinhada com os valores constitucionais de enaltecimento dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

2.3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUAS PROPOSTAS

Já se disse anteriormente que a Constituição de 1988 foi responsável por fazer nascer um verdadeiro sentimento constitucional na população. E, toda fé depositada em cima desse diploma, deu-se principalmente pelo fato de que através de “seu texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial,”⁵⁹ inaugurou-se uma nova ordem social no país, deixando para trás o regime autoritário da Ditadura Militar para promover a redemocratização do Brasil.

E justamente por assumir uma postura democrática, é que a Constituição de 1988 abarcou em seus dispositivos demandas de diversos setores da sociedade, algumas vezes até conflitantes entre si, mas que fizeram com que ela apresentasse um inegável caráter compromissório e programático. Afinal, além desses dispositivos, o diploma constitucional trouxe, também, linhas de ação para que os Poderes Públicos pudessem concretizar essas demandas.

Assim, dentro desse contexto de superação do regime autoritário, o texto constitucional se volta à plena realização da cidadania, enquanto um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil,⁶⁰ e não mais como um conceito associado de forma estanque ao conceito de nacionalidade.⁶¹

⁵⁹ SILVA, 2000. p. 91.

⁶⁰ 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: II - a cidadania; In: BRASIL, 1988.

⁶¹ SMANIO, Gianpaolo Poggio. A conceituação da cidadania brasileira e a Constituição Federal de 1988. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 339.

Além disso, o princípio da dignidade da pessoa humana também é alçado como um dos fundamentos da República⁶² e passa a funcionar como um verdadeiro baluarte interpretativo, no qual todo o sistema normativo e social deve ser compreendido a partir desse valor intrínseco do ser humano que, inclusive, é mencionado pelo próprio texto constitucional em diversos dispositivos.⁶³

Isso se dá principalmente porque a própria Constituição reconhece o valor essencial da dignidade da pessoa humana, e passa a entender que não se trata de um valor “criado pela Constituição ou pelas Declarações de Direitos. Ele é apenas reconhecido ou declarado por esses instrumentos. Ele corresponde a um valor fundante da Constituição. Ele a precede.”⁶⁴ E é partindo desse pressuposto que o princípio da dignidade da pessoa humana é e deve ser encarado por todos os atores estatais e sociais, submetidos aos ditames constitucionais.

Outra das principais virtudes do diploma constitucional é consagrar a reconquista dos direitos fundamentais,⁶⁵ que estão contemplados em extenso rol, principalmente em seus artigos 5º e 6º, embora todos “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”⁶⁶ Isso significa, portanto, que o rol dos direitos fundamentais positivado na Constituição não é taxativo ou exaustivo e que quaisquer outros direitos e garantias previstos no ordenamento jurídico e que estejam de acordo com os valores e princípios constitucionais devem ser assegurados e devem ser considerados igualmente fundamentais.

E, principalmente por conter vários direitos fundamentais e por ter um caráter programático, que sistematiza uma linha de ação aos Poderes Públicos, é que muitas

⁶² 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; In: BRASIL, 1988.

⁶³ Como exemplo, pode-se citar os seguintes dispositivos da CF/88: art. 170, que estabelece que o fim da ordem econômica é assegurar a todos uma existência digna; a dignidade também é reconhecida pelos artigos 226, 227 e 230 ao afirmar que tanto a família, como a proteção à criança e ao adolescente, bem como ao idoso, deve fundar-se a partir da dignidade da pessoa humana.

⁶⁴ DI PIETRO, 2013. p. 19.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 42.

⁶⁶ Art. 5º. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. In: BRASIL, 1988.

políticas públicas foram inseridas no bojo constitucional. Na esfera da saúde, por exemplo, as ações e serviços públicos devem integrar uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único.⁶⁷ Com relação à previdência social, a própria Constituição estabeleceu que a mesma será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória.⁶⁸ Esses são apenas alguns exemplos a fim de contextualizar a natureza compromissória da Constituição de 1988.

Outro fenômeno que se iniciou com a Constituição de 1988 foi o de constitucionalização do Direito. Isso quer dizer, como explica Barroso, que

A Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. A constitucionalização identifica um efeito expansivo das normas constitucionais, que se irradiam por todo o sistema jurídico.⁶⁹

Assim, todas as normas infraconstitucionais devem ser lidas a partir dos valores constitucionais, que verdadeiramente condicionam o sentido e a validade daquelas. Isso se deu também com os Poderes da União: o Legislativo deve atuar orientado para a realização dos direitos e programas constitucionais; a Administração Pública, como expressão do Executivo, teve sua discricionariedade limitada e também deve atuar conforme a Constituição; e o Judiciário, que passa a ter um papel fundamental no controle de constitucionalidade, na interpretação e na aplicação das normas do ordenamento.⁷⁰

No tocante à Administração Pública, é importante destacar que os ventos da constitucionalização também repercutiram sobre o regime jurídico-administrativo pelo qual ela realiza sua atividade. Nesse sentido, esclarece José Sérgio da Silva Cristóvam que

[...] a Administração Pública passa a uma direta vinculação ao cumprimento daqueles direitos e interesses definidos pelo legislador constituinte, sobretudo no caso dos direitos fundamentais (individuais e sociais), que a um só tempo funcionam como referencial normativo imediato para a atividade

⁶⁷ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: In: BRASIL, 1988.

⁶⁸ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [...]. In: BRASIL, 1988.

⁶⁹ BARROSO, 2013. [S.l.].

⁷⁰ BARROSO, 2005. p. 13.

administrativa e também seu fator de validade constitucional e legitimação política.⁷¹

Assim é que a atividade administrativa passa a estar estritamente vinculada com as normas, os princípios e os valores constitucionais, devendo guardar observância a esses postulados em cada passo de sua atuação.

Por fim, citam-se novamente as palavras do eminente professor ao se afirmar que

A Constituição de 1988 está inserida nesse contexto: uma carta política que, embora taxada de prolixa, reflete os interesses das mais diversas camadas da sociedade brasileira. A expressiva gama de direitos fundamentais de cunho liberal e social é um forte indicativo neste sentido. O grande desafio está na sua efetivação, sobretudo os direitos sociais [...], que exigem a atuação direta e efetiva do Poder Público.⁷²

Ou seja, embora a Constituição de 1988 esteja afinada com os valores que deslocam o sistema de um viés paternalista para centralizá-lo na valorização da pessoa humana, é preciso analisar se e de que forma esses direitos vêm se efetivando. E, nesse ponto, o Poder Judiciário está assumindo, não raras vezes, a função de concretizador desses direitos fundamentais. Dessa forma, é imperioso primeiro analisar de que forma a Constituição estabeleceu a separação de Poderes e quais suas principais atribuições a fim de, posteriormente, avaliar se o Judiciário está agigantando suas prerrogativas ou se, do contrário, somente está agindo de acordo com as disposições constitucionais.

2.3.1 A separação dos Poderes e suas atribuições

O artigo 2º da CF/88, estabelece que são Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.⁷³ Ou seja, é principalmente através desses três poderes que o Estado Democrático de Direito se manifesta, seja através da atividade legiferante, administrativa ou jurisdicional.

⁷¹ CRISTÓVAM, 2015, p. 252.

⁷² CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Direitos sociais e controle jurisdicional de políticas públicas: uma abordagem a partir dos contornos do Estado Constitucional de Direito. **Revista da ESMESC – Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, Florianópolis, n. 24, p. 52, 2011.

⁷³ Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. In: BRASIL, 1988.

A teoria da separação dos poderes existe justamente para que todas as funções do Estado não fiquem centralizadas em um único ente organizacional. Para Marçal Justen Filho, “isso produz um sistema de freios e contrapesos e permite que “o poder controle o próprio poder”. Ocorre a fragmentação do poder, com uma pluralidade de sujeitos exercitando competências distintas e controle recíproco.”⁷⁴

Nesse sentido, a independência se manifesta pelo fato de que cada Poder, ao desempenhar as atribuições que lhes são próprias, não precisa consultar ou pedir autorização ao demais e que cada um pode se organizar da forma como achar melhor, observadas as disposições e as regras constitucionais, obviamente.⁷⁵ Já a harmonia diz respeito à busca pelo equilíbrio, em que cada um dos Poderes funciona como importante engrenagem no sistema de freios e contrapesos, a fim de que cada um possa realizar seus objetivos sem arbítrios e desmandos de um em detrimento de outros.⁷⁶

É importante elucidar, no entanto, que embora eles sejam independentes entre si, essa independência não é absoluta; pois cada função é exercida de forma preponderante por cada um dos poderes, e não de forma exclusiva ou estanque. Isso porque, “nenhum dos poderes é titular exclusivo de cada uma das funções nem cada uma das funções é desempenhada exclusivamente por um dos poderes. Ou seja, cada poder é investido de uma função principal, mas desempenha acessoriamente outras funções.”⁷⁷

Assim, ao lado das funções típicas (aquelas que o Poder exerce de maneira preponderante), há as funções atípicas, que seriam próprias de outros poderes, mas que são exercidas de forma subsidiária, justamente a fim de que a independência e a harmonia sejam mantidas entre eles. Por isso, a seguir observar-se-á brevemente de que forma as principais funções típicas e atípicas de cada Poder se manifestam no texto constitucional.

O Poder Legislativo, portanto, que está disciplinado do art. 44 ao 75, da CF/88, tem como uma de suas principais atribuições legislar sobre as matérias de competência da União, especialmente no que concerne aos recursos financeiros do Estado e sobre

⁷⁴ JUSTEN FILHO, 2015. p. 103.

⁷⁵ SILVA, 2000. p. 114.

⁷⁶ SILVA, 2000. p. 114.

⁷⁷ JUSTEN FILHO, 2015. p. 105.

políticas públicas de âmbito nacional, regional ou setorial.⁷⁸ Já como funções atípicas, é dado ao Poder Legislativo a atribuição de administrar seus órgãos, serviços e servidores, bem como processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República, os Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), entre outros.⁷⁹

Já o Poder Executivo, disciplinado pelos artigos 76 a 91, da CF/88, tem como exemplos de suas funções típicas, governar o povo, administrar os recursos, instituições e interesses públicos e fazer executar as leis. No entanto, como função atípica, podemos mencionar a possibilidade de edição de diplomas normativos, como as medidas provisórias⁸⁰ e o poder-dever de rever seus próprios atos (princípio da autotutela administrativa), podendo anulá-los ou revogá-los, independentemente de recurso ao Poder Judiciário.⁸¹

Quanto ao Poder Judiciário, por fim, cuja disciplina normativo-constitucional está contemplada pelos artigos 92 a 126, CF/88, tem-se que a sua função primordial e, portanto, típica é julgar os conflitos, interpretando e aplicando as leis. Como funções atípicas, porém, menciona-se o fato de que os tribunais podem elaborar seus regimentos internos, dispendo sobre sua competência inclusive, e que podem administrar e organizar suas secretarias e serviços auxiliares.⁸²

Assim, embora a Constituição de 1988 tenha estabelecido funções preponderantes a cada um dos Poderes, o próprio diploma constitucional dispôs, também, algumas funções acessórias, atípicas, que devem ser por eles desempenhadas.

⁷⁸ Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: II - plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado; IV - planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento; In: BRASIL, 1988.

⁷⁹ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; In: BRASIL, 1988.

⁸⁰ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: XXVI - editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62; In: BRASIL, 1988.

⁸¹ DI PIETRO, 2015. p. 103.

⁸² Art. 96. Compete privativamente: I - aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispendo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva; In: BRASIL, 1988.

E, no tocante às políticas públicas, cada vez mais se vê uma interpenetração entre essas esferas o que certamente tem contribuído para a ampliação das discussões sobre o assunto. Dessa forma, após verificar de que forma a separação de Poderes foi estabelecida pela Constituição, cumpre analisar de que forma essa divisão se manifesta quando o assunto envolve justamente as políticas públicas.

2.4 POLÍTICAS PÚBLICAS: A AMPLIAÇÃO DO DEBATE APÓS A CF/88 E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Sabe-se que um dos maiores trunfos da Constituição de 1988, foi promover a redemocratização do país, abarcando em seu diploma demandas dos mais variados setores da sociedade. As políticas públicas, os planos de ações e as diretrizes delineadas na CF traduzem, portanto, os anseios de várias classes sociais, que se sentem contempladas por tais dispositivos. Ou seja, na medida em que foram constitucionalizadas, as políticas públicas passaram a ser objeto de maiores debates e discussões, tanto pelos Poderes Públicos, como pelo setor privado, principalmente no tocante à efetividade dessas normas.

E, em se tratando de dar efetividade às normas que estabelecem políticas públicas, a própria dimensão da separação de Poderes passa a ser, também, relativizada. Isso porque, conforme já se disse anteriormente, essa separação não deve ser vista como uma divisão rígida, estanque. Até porque, num Estado Constitucional e Democrático de Direito, é fundamental que os Poderes Públicos conversem entre si e trabalhem num sistema de cooperação, a fim de melhor concretizar os direitos e garantias previstos na Constituição.

Isso não quer dizer, no entanto, que cada Poder pode adentrar na função do outro para desempenhar a atividade da forma que acha melhor. É preciso que as funções do Estado sejam interdependentes entre si, até porque essa é uma forma de evitar a concentração e o exercício despótico do poder, mas isso não significa que um Poder pode adentrar na função típica de outro para exercitá-la do modo que achar mais conveniente.

Todavia, quando o assunto são políticas públicas, o que se tem percebido é uma interpenetração que passa por cima da colaboração e do dinamismo; e que adentra na esfera das competências típicas de cada um – postura essa que é observada, não raras vezes, principalmente pelo Poder Judiciário.

Isso porque, sabe-se que a origem normativa das políticas públicas decorre do Poder Legislativo,

com a edição de leis que veiculem normas gerais e abstratas normatizadoras da atuação do Estado em determinada área de interesse, tendente à satisfação concreta de determinado direito fundamental, seja criando uma estrutura administrativa (órgãos e entidades) encarregada da execução das correspondentes atividades, seja estabelecendo princípios reguladores do comportamento administrativo ou objetivos a serem alcançados [...].⁸³

Ou seja, cumpre ao Poder Executivo, principalmente através de sua atividade administrativa, com todo o aparato da Administração Pública, estudar os recursos, verificar a viabilidade e, por fim, iniciar a execução da referida política pública ou do plano de ação, dentro dos preceitos constitucionais e observando os dispositivos normativos da lei que disciplinou a matéria.

Nesse sentido, ao Judiciário caberia apenas fazer um controle de legalidade e legitimidade sobre os atos administrativos, ou o controle de constitucionalidade das normas, a fim de fiscalizar a atividade do gestor e do legislador; e não fazer as vezes do gestor administrativo ou do ente legislativo e decidir deliberadamente onde e de que forma os recursos devem ser aplicados, até porque essa não é sua função. E é exatamente essa discussão que será analisada no próximo item.

2.4.1 A CF/88 e o Poder Judiciário: até que ponto o controle judicial está em conformidade com a Constituição?

Há quem defenda que a própria constitucionalização do direito, que se verificou principalmente após a Constituição de 1988, foi responsável por permitir ao Judiciário uma postura mais atuante na interpretação das leis. Isso porque, conforme menciona Barroso, “a constitucionalização identifica um efeito expansivo das normas

⁸³ CARNEIRO, 2015. p. 19.

constitucionais, que se irradiam por todo o sistema jurídico”, assim, “[...] toda interpretação jurídica é também constitucional”.⁸⁴

Assim, o juiz passa a adotar um comportamento ativo na criação da lei, sendo intérprete “que se encontra na contingência de construir adequadamente a solução, torna-se coparticipante do processo de criação do Direito.”⁸⁵ Daí que, quando o assunto é a implementação de políticas públicas a fim de efetivar direitos fundamentais, o juiz estaria autorizado a

efetivar diretamente as normas constitucionais, sobretudo [...] as normas constitucionais de direitos fundamentais, de tal modo que ele pode, em caso de eventual lacuna ou omissão inconstitucional do poder público, colmatá-la, supri-la, integrando-a por meio da analogia, dos costumes, dos princípios gerais do direito e, ainda e principalmente, através de uma interpretação criativa que [...] consiste em concretizar os preceitos constitucionais, aplicando-os diretamente à realidade social e vivenciando a Constituição.⁸⁶

No entanto, como aduz Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o tema da implementação de políticas públicas se relaciona muito com a discricionariedade, “seja na escolha do interesse público a atender, dentre os vários agasalhados pelo ordenamento jurídico, seja na escolha das prioridades e dos meios de execução.”⁸⁷ Ou seja, estabelecidas as metas, de forma genérica, pela Constituição, cabe ao legislador dispor normativamente sobre o seu atendimento, que muitas vezes deixa a cargo do Poder Executivo e a órgãos da Administração Pública executar, de fato, as políticas públicas.

Diante desse cenário, parece razoável o entendimento de que cabe ao Judiciário apenas “corrigir ilegalidades e inconstitucionalidades, quando acionado pelas medidas judiciais previstas no ordenamento jurídico, mas não pode substituir as escolhas feitas pelos Poderes competentes.”⁸⁸ Ou seja, o Judiciário não pode fazer o controle judicial da formulação das políticas públicas quando a sua determinação envolver critérios da discricionariedade legislativa ou administrativa.

Para aqueles que defendem o contrário, a interferência do Judiciário não só é válida, como necessária, pois o juiz não estaria invadindo esfera de competência de

⁸⁴ BARROSO, 2017. p. 9.

⁸⁵ BARROSO, 2017. p.13.

⁸⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 343.

⁸⁷ DI PIETRO, 2013. p. 23.

⁸⁸ DI PIETRO, 2013. p. 25.

outro Poder, mas sim estaria cumprindo a Constituição e garantindo os direitos fundamentais. Ou seja, tal comportamento do juiz seria absolutamente indispensável para assegurar a dignidade da pessoa humana.

Todavia, a problemática está longe de ser resolvida. Primeiro, porque muitas vezes há uma verdadeira substituição da vontade dos governantes eleitos, pela vontade de juízes não eleitos, que sacrificam uma política pública que poderia ser implementada em prol de toda uma coletividade, para direcionar os recursos em favor de um ou alguns poucos beneficiários. Além disso, não há garantia nenhuma de que a decisão do juiz será melhor ou mais acertada que a do legislador ou a do gestor administrativo, até porque o Judiciário não dispõe de aparato para identificar todas as reais prioridades sociais.

No entanto, cada vez mais essas questões sociais vão penetrando na esfera judicial, contribuindo para uma verdadeira judicialização da política. A par disso, vê-se, também, uma crescente ascensão do Judiciário que, muitas vezes, acreditando ser um efetivo provedor de direitos, age através de um ativismo judicial descomprometido com qualquer baliza constitucional, que não se propõe sequer a avaliar a razoabilidade da escolha feita pelos outros poderes. De fato, a problemática está longe e não é fácil de ser resolvida, mas tentar-se-á analisar com maior clareza e profusão de detalhes como essas questões se relacionam nos próximos capítulos.

3 O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL E O AFLORAR DE UM “SUPERPODER”

Feita uma contextualização inicial sobre como as políticas públicas se apresentam no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro e de que forma se desenvolvem os principais debates em torno delas, cumpre analisar agora de que maneira a atuação do Poder Judiciário, principalmente num contexto pós Constituição Federal de 1988, vem influenciando e interferindo no tema.

Isso será feito, primeiramente, a partir de um breve apanhado da história geral, a fim de tentar demonstrar como alguns aspectos foram elementares para o fortalecimento do Judiciário. Após, identificar-se-á quais fatores contribuíram para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil e como isso se encontra intimamente ligado com a judicialização da política no país.

Em seguida, observar-se-á como esses aspectos têm favorecido um comportamento fortemente ligado ao ativismo judicial e como esse ativismo se manifesta através de um decicionismo baseado em princípios e da ampla utilização de conceitos jurídicos indeterminados. Por fim, far-se-á uma análise acerca da politização da justiça e como a ascensão do Poder Judiciário, na perspectiva apresentada, tem contribuído para o fenômeno.

3.1 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO PARA A ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO

De início, é importante destacar que a maior relevância assumida pelo Poder Judiciário está estreitamente ligada ao modelo de Estado Democrático de Direito, sob o qual também se firma o Brasil. Isso porque, desde o surgimento da clássica teoria da tripartição de poderes, com Montesquieu,⁸⁹ e observando-se o desenrolar da história e

⁸⁹ Filósofo francês (1689-1755). Uma de suas obras mais conhecidas é **O Espírito das Leis** (1748), em que teoriza sobre a tripartição dos Poderes do Estado, conceito que foi adotado por muitos países ao redor do mundo. In: ESTUDO: Montesquieu. **Guia do Estudante**, 2017. Disponível em: <<https://guiadoestudante.abril.com.br/especiais/montesquieu/>>. Acesso em: 20 out. 2017.

das instituições, percebe-se que cada modelo de Estado promoveu uma maior atuação de um dos Poderes (uma das funções do Estado), em detrimento dos outros.

Nesse sentido, tem-se que, na passagem do Absolutismo para o Estado de Direito, era de extrema importância positivar os direitos, garantindo que o Estado não agisse para além do que estava previsto – daí o maior destaque ao Poder Legislativo.⁹⁰ Com o tempo, a positivação dos direitos foi se consolidando e o receio de retorno ao Estado Absolutista foi se dissipando.⁹¹ Assim, passou-se a perceber que mais importante que limitar a ação do Estado, era demandar dele prestações positivas no sentido de assegurar os direitos previstos – por isso, no Estado Social, principalmente no período do pós-guerra,⁹² a atuação do Poder Executivo é que foi mais proeminente.

No entanto, o Executivo, que experimentava um inchaço de suas funções, começou a dar sinais de hipertrofia e esgotamento. A partir daí, a litigiosidade começou a aumentar exponencialmente, principalmente pela busca de efetivação dos direitos previstos constitucionalmente, fazendo com que o Poder Judiciário, agora sob a égide de um Estado Democrático de Direito, assumisse maior visibilidade social e política.

Aos poucos, portanto, com o desenvolvimento da história e considerando a perspectiva dos Estados Democráticos, o Judiciário foi adquirindo mais e mais funções, experimentando uma verdadeira expansão de suas atribuições. Por isso, é que essa expansão do Poder Judiciário, que ocorreu intensamente nos últimos anos no Brasil, não é exclusividade da nação verde-amarela. Do contrário. Muitos países que, inclusive apresentam um Judiciário de tradição bem mais longa que o brasileiro e com intensa participação na decisão de temas políticos bastante polêmicos, influenciaram e ainda influenciam a atividade judicial do país.

Um desses países é os Estados Unidos, de tradição jurídica firmada na *common law* que, embora apresente um protagonismo judicial muito mais intenso que o brasileiro, ainda é bastante influente no que concerne ao desempenho dos juízes no Brasil.⁹³ Um dos pontos que mais merece destaque é a criação do *judicial review* pelo

⁹⁰ BARBOSA, Daniela Dutra de Almeida. O Poder Judiciário e a democracia no Brasil: o despontar de um “superpoder”. **Revista da ESMape**, Recife, n. 32, p. 184, jul./dez. 2010.

⁹¹ BARBOSA, 2010. p. 185.

⁹² Período que se compreende após a Primeira (1914-1918) e a Segunda (1939-1945) Guerras Mundiais.

⁹³ KREUTZFELD, Barbara. **O ativismo judicial na implementação de políticas públicas**. 2013. 73 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. p. 26.

Judiciário norte-americano, circunstância que contribuiu para a expansão do Poder Judiciário tanto naquele país, como em diversas outras nações.

A criação do referido instituto se deu principalmente após o caso *Marbury vs. Madison*,⁹⁴ em que o presidente da Suprema Corte, John Marshall, reconheceu que não tinha competência para julgar o *writ of mandamus*, impetrado por Marbury, pois embora o *Judiciary Act* de 1789 tivesse atribuído a competência para a Suprema Corte expedir tal ordem judicial, ele era inconstitucional, pois ampliava a competência da Corte para além do que havia sido definido pela Constituição.⁹⁵ Ou seja, a partir desse precedente, em que um ato do parlamento foi julgado inconstitucional, é que o Poder Judiciário norte-americano passou a poder não aplicar uma lei quando ela fosse manifestamente contrária à Constituição.⁹⁶

A partir dessa decisão emblemática, portanto, é que se colocou freios no Poder Legislativo norte-americano, no sentido de que não poderia expandir sua atividade legiferante para além dos limites previstos na Constituição. E, mais importante que isso, a Suprema Corte ampliou os próprios poderes no sentido de que conferiu a si mesma a função de realizar o controle de constitucionalidade das leis. E justamente a partir daí é que o controle de constitucionalidade passou a

integrar as constituições dos Estados Democráticos, indicando valores fundamentais a serem seguidos pelo Legislativo e Executivo. Caso haja violação desses valores constitucionalmente estabelecidos, cabe ao Poder Judiciário identificar a transgressão e invalidar os atos manifestamente inconstitucionais.⁹⁷

E é inegável que o controle de constitucionalidade é um mecanismo que faz com que muitas demandas cheguem ao Judiciário, obrigando uma apreciação jurisdicional. E, no caso brasileiro, essa obrigação decorre do princípio da inafastabilidade da

⁹⁴ O caso ocorreu entre o juiz federal William Marbury e o Secretário de Estado James Madison. Isso porque, “às vésperas do término de seu mandato presidencial, John Adams, então presidente norte-americano, designou vários de seus aliados partidários para ocupar os recém-criados cargos de juízes federais. A nomeação deveria ocorrer pouco antes da posse do presidente eleito Thomas Jefferson. Contudo, nem todas as nomeações lograram sua concretização em tempo hábil e o título que garantia a posse de William Marbury no cargo de juiz não lhe foi entregue como havia sido previsto por Adams. Jefferson, então, determinou ao seu Secretário de Estado, James Madison, que suspendesse a nomeação de Marbury. No intuito de assumir o cargo que lhe havia sido designado, Marbury impetrou um *writ of mandamus* perante a Suprema Corte norte-americada [...]. In: BARBOSA, 2010. p. 188.

⁹⁵ KREUTZFELD, 2013. p. 27.

⁹⁶ BARBOSA, 2010. p. 188.

⁹⁷ BARBOSA, 2010. p. 189.

jurisdição, previsto no inciso XXXV,⁹⁸ art. 5º, da CF/88 e, também, pelo fato de que o órgão supremo do Judiciário no país foi alçado a guardião da Constituição⁹⁹ e, portanto, de todos os direitos, garantias e valores que ela preconiza, prezando, da mesma forma, pela sua efetivação. Sendo assim, é indubitável que esses fatores contribuem para uma maior concentração de processos nas mãos dos juízes, favorecendo um agigantamento das funções desse poder também no Brasil, cujos principais aspectos serão analisados a seguir.

3.2 A ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

A relevância da discussão acerca do papel do Poder Judiciário ao fazer o controle de políticas públicas encontra respaldo principalmente pelo contexto jurídico-social inaugurado pós CF/88. Isso porque, o diploma constitucional brasileiro, ao propor a redemocratização do país e positivando diversos direitos e garantias, promovendo uma verdadeira constitucionalização dos direitos (o que, conforme já se disse, foi essencial dado o fim do período autoritário da Ditadura Militar), também facilitou o acesso ao Judiciário, acabando por conduzir a um aumento da litigância na busca pela efetivação desses direitos constitucionalmente previstos.

E, entre os inúmeros fatores que contribuíram para a ampliação do acesso à justiça, pode-se citar a criação dos Juizados Especiais, em que é possível obter a tutela jurisdicional independentemente da presença de advogado, a criação de Defensorias Públicas, bem como a promulgação de diversos diplomas normativos que contemplam proteção específica a sujeitos determinados, como o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, entre outros.¹⁰⁰

⁹⁸ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; In: BRASIL, 1988.

⁹⁹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]. In: BRASIL, 1988.

¹⁰⁰ SENHORAS, Elói Martins. CRUZ, Ariane Raquel Almeida de Souza. Controle jurisdicional e judicialização das políticas públicas. **Revista Síntese Direito Administrativo**, São Paulo, n. 104, p. 41, ago. 2014.

Outrossim, importante destacar a amplitude do texto constitucional no tocante aos direitos e garantias positivados que possibilitam, não raras vezes, a leitura e a defesa de posições substancialmente opostas¹⁰¹ e até mesmo conflitantes entre si. Isso decorre do fato de que a sociedade brasileira é multifacetada e repleta de heterogeneidades, compondo uma complexidade social que teve de ser reconhecida pela Constituição Federal de 1988 a fim de corroborar sua promessa de redemocratização.

Outro fator que contribuiu para a ampliação da intervenção do Poder Judiciário nas questões sociais é a “textura aberta”¹⁰² da Constituição Federal de 1988. Isso porque, além da excessiva quantidade de conceitos jurídicos indeterminados – o que por si só já aumenta a probabilidade de discricionariedade do julgador, muitos dispositivos não são suficientemente claros, o que demanda uma maior atuação do intérprete e aplicador das leis.

Além disso, passados quase 30 anos da promulgação do diploma constitucional,

[...] os [...] argumentos relacionados ao custo (econômico) da concretização das promessas da “Constituição cidadã”, as limitações orçamentárias e a doutrina da reserva do possível, aliados a uma visível falta de talento e capacidade do Poder Público em “bem gerenciar” o orçamento público (planejamento orçamentário), bem como inúmeros “ruídos e interferências ilegítimas” (corrupção, Administração patrimonialista e ineficientes sistemas de controle) na eleição das prioridades da ação estatal, acabam por entrar ainda mais a concretização daquelas promessas festejadas na já distante primavera de 1988.¹⁰³

Além da ineficiência do Poder Público em gerenciar as prioridades estatais, pode-se citar a crise de representatividade democrática que assola os membros do Legislativo e do Executivo que, de fato, muitas vezes legislam e administram apenas em nome de seus próprios apetites e paixões, pondo em cheque a crença no atual sistema político. Nesse sentido, o juiz, como aplicador das leis, aparece como a melhor opção do administrado frente ao descaso dos demais Poderes Públicos.

Diante desse cenário, Eduardo Appio elucida que

¹⁰¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. LORENZETTO, Bruno Meneses. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 61.

¹⁰² Para Herbert Hart, a própria linguagem jurídica é dotada de uma textura aberta, ou seja de uma indeterminação que é característica do “próprio Direito, que se vale de termos e conceitos multissignificativos, de textura aberta”. A tarefa dos tribunais (intérpretes), portanto, é lidar com esse problema de indeterminação e abertura linguística do Direito. In: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016b. p. 291.

¹⁰³ CRISTÓVAM, 2011. p. 48.

No interior de uma sociedade fragmentada como a brasileira, existe uma tendência natural em concentrar no Poder Judiciário todas as expectativas no que tange à manutenção do regime democrático e das garantias individuais, através de verdadeira divinização das concepções morais e filosóficas dos juízes constitucionais.¹⁰⁴

Assim, considerando-se todos os fatores acima mencionados é possível afirmar que a atual configuração do Poder Judiciário faz com que ele se identifique como um Superpoder, tanto no sentido de agigantamento de suas funções, como no sentido de promover a percepção de que, sob sua jurisdição e tutela, tudo é possível. Ou seja, cada vez mais, associa-se a imagem do juiz a de um “Deus-provedor”, como uma espécie de super-herói, iluminado pela razão e munido com as armas do Direito e da Justiça, capaz de assegurar e salvaguardar os direitos dos cidadãos, conferindo-lhes dignidade e resgatando-os da desídia do Estado.

Some-se a isso a excepcional importância adquirida pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro. Isso porque, a própria Constituição lhe atribuiu funções em demasia, como a de ser um tribunal constitucional¹⁰⁵, que exerce o controle de constitucionalidade; a de ser um foro especial, como, por exemplo, nos casos em que há prerrogativa de função¹⁰⁶; e, por fim, a de funcionar como última instância recursal.¹⁰⁷ Além disso, destaca-se a prerrogativa que permite ao STF a edição de súmulas vinculantes,¹⁰⁸ bem como o efeito *erga omnes* de muitas de suas decisões, o que inegavelmente atinge uma enorme escala de pessoas.

3.2.1 A Judicialização da Política pós Constituição Federal de 1988

¹⁰⁴ APPIO, 2005. p. 71.

¹⁰⁵ O art. 102, caput, da CF/88, dispõe que compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição. In: BRASIL, 1988.

¹⁰⁶ Um dos exemplos está nas alíneas “b” e “c” do inciso I, do art. 102, da CF/88, que dispõe respectivamente que: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; In: BRASIL, 1988.

¹⁰⁷ Art. 102, inc. III, da CF/88: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: [...]. In: BRASIL, 1988.

¹⁰⁸ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. In: BRASIL, 1988.

Além dos fatores citados anteriormente, que contribuíram profundamente para uma ampliação do Poder Judiciário no país, outro fenômeno que também vem suscitando intensos debates judiciais sobre as políticas públicas é, notadamente, a crescente judicialização da política. Isso porque, as causas que contribuíram para uma ascensão do Poder Judiciário no Brasil também acabaram por conduzir e favorecer a ampliação do fenômeno. Assim, de forma geral, a judicialização da política pode ser entendida como a transferência de questões políticas, comumente atinentes às esferas do Legislativo e do Executivo, para o Judiciário.

Segundo Barroso, há propriamente uma transferência de poder para os juízes e tribunais, em detrimento do Legislativo e do Executivo, que seriam as esferas tradicionais de discussão de questões políticas,¹⁰⁹ especialmente, das políticas públicas. Por isso, com a judicialização, muitas vezes o Judiciário é compelido a garantir direitos fundamentais que deveriam ter sido assegurados por meio de políticas públicas, mas não o foram.

Para Ran Hirschl, a judicialização da política traduz-se num

[...] recurso cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas. Com recém adquiridos mecanismos de controle de constitucionalidade, tribunais superiores ao redor do mundo têm sido frequentemente chamados a resolver uma série de problemas – da extensão das liberdades de culto religioso e de expressão, dos direitos à igualdade e à privacidade e da liberdade de reprodução, à políticas públicas relacionadas à justiça criminal, à propriedade, ao comércio, à educação, à imigração, ao trabalho e à proteção ambiental.¹¹⁰

E, considerando a forte constitucionalização dos direitos que ocorreu no Brasil, principalmente pela Constituição de 1988, percebe-se que esse foi um dos principais fatores que promoveram uma maior judicialização da política no país. Isso porque, a positivação e a juridificação de questões políticas no texto constitucional, que se tornam pretensões jurídicas amplamente veiculadas por processos judiciais (que chegam aos magistrados também através das ações de controle de constitucionalidade), certamente

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, direito e política: o Supremo Tribunal Federal e os poderes da República. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, p. 384, set./dez. 2015.

¹¹⁰ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 140, mai. 2009.

viabiliza uma maior centralização do Poder Judiciário.¹¹¹ Ou seja, tem-se um amplo reconhecimento de direitos que aliados à ineficiência dos Poderes Públicos em implementá-los, fazem com que a litigância em torno da matéria atinja níveis exponenciais, reclamando que o Judiciário resolva cada uma dessas demandas.

Outrossim, em que pese a judicialização da política transfira importantes questões políticas para o Judiciário, muitas vezes esse fenômeno serve de alento aos membros dos Poderes Legislativo e Executivo. Isso se dá porque “muitas vezes o Executivo e o Legislativo deveriam tomar decisões contramajoritárias ou que causariam repúdio de parcela significativa da população ou do seu eleitorado.”¹¹² Aí mostra-se extremamente conveniente a políticos desinteressados “lavar as mãos” e transferir toda a responsabilidade (e os riscos) da tomada de decisão ao Poder Judiciário,¹¹³ prejudicando as finalidades democráticas da separação de Poderes e fazendo com que os legisladores se furtem de uma de suas principais tarefas.

É inegável, no entanto, que, seja como for, a judicialização da política faz parte da realidade da atual conjuntura judicial do país, por isso mesmo pode ser entendida como um fato.¹¹⁴ E, justamente por estar se tornando um fenômeno bastante comum na jurisdição brasileira, é que ela exige um Poder Judiciário cada vez mais afinado e aparelhado, que saiba se colocar e saiba como resolver tais questões políticas, cujo fluxo de entrada no sistema judicial é praticamente ininterrupto.

Diante desse cenário, salta aos olhos a importância do Supremo Tribunal Federal. Isso porque, em uma perspectiva de judicialização da política, percebe-se que, nos últimos anos, diversos temas morais, sociais e políticos, inegavelmente controversos, foram submetidos à apreciação da Corte. E, entre os desacordos morais razoáveis¹¹⁵ decididos pelo STF e apenas para exemplificar algumas situações de

¹¹¹ MEDEIROS, Isaac Kofi. **Controle preventivo de constitucionalidade: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à luz da judicialização da política**. 2017. 104 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2017. p. 49.

¹¹² MORAES, Leonardo Bruno Pereira de. **Processo e julgamento dos crimes de responsabilidade: a judicialização da política**. 2017. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2017. p. 38.

¹¹³ HIRSCHL, 2009. p. 165.

¹¹⁴ BARROSO, 2015. p. 384.

¹¹⁵ Para Barroso, desacordos morais razoáveis acontecem quando “pessoas bem intencionadas e esclarecidas [...], pensam de maneira radicalmente contrária, sem conciliação possível.”. E, por vezes, as próprias cláusulas constitucionais possibilitam a construção hermenêutica de posicionamentos diametralmente opostos, deixando a solução nas mãos do intérprete. In: BARROSO, Luís Roberto.

judicialização da política, pode-se citar o caso da interrupção da gestação de fetos anencéfalos,¹¹⁶ da união homoafetiva,¹¹⁷ das ações afirmativas em universidades,¹¹⁸ entre outros.

Assim, é que tanto nesses temas e também quando a judicialização envolver as políticas públicas propriamente ditas, é preciso que o Judiciário tenha uma posição bastante acauteladora. Isso porque, corre-se grande risco dos juízes substituírem a vontade do legislador, ao exercerem uma postura positiva no sentido de implementar políticas públicas sequer legisladas e, também, do administrador público (enquanto Poder Executivo) ao redirecionar recursos do orçamento estatal para outros fins.

Isso porque, “a despesa gerada pela política social a ser implementada deve estar prevista na lei orçamentária anual, regularmente votada pelo Legislativo, com base na proposta do Executivo.”¹¹⁹ E isso, conforme ainda ressalta Eduardo Appio, pode demonstrar mais uma das faces do “superpoder” Judiciário, afinal determinar a retirada de um recurso previsto em lei ou estipular um redirecionamento de verbas para políticas sociais que o próprio magistrado considera prioritário,¹²⁰ faz com que ele concentre em si todas as funções do Estado (legislativa, administrativa e judicial).

Daí a necessidade de se entender a judicialização da política como um fenômeno que de fato existe na realidade jurídica e social do país; mas com o dever também de apontar que tal conjuntura, que faz com que os juízes tenham que decidir sobre importantes questões sociais, propicia o desenvolvimento muito mais acentuado de um ativismo judicial e de uma politização da justiça na interface judicial do país - aspectos que serão analisados nos próximos itens.

3.2.2 O Ativismo Judicial e o pretexto de concretização dos direitos

Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 12, p. 21, fev./mai. 2010.

¹¹⁶ ADPF 54/DF.

¹¹⁷ ADPF 132/RJ.

¹¹⁸ ADI 3330.

¹¹⁹ APPIO, 2005. p. 155.

¹²⁰ APPIO, 2005. p. 156.

Inicialmente, antes de adentrar nas características e especificidades do ativismo judicial, é importante ressaltar que ele não se confunde com o tema tratado anteriormente, ou seja, judicialização da política. Nos dizeres de Barroso, “a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vem da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não tem as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas.”¹²¹

Ou seja, embora muitas vezes os termos apareçam como sinônimos, eles têm sim algumas diferenças conceituais e é considerando a distinção semântica entre eles que os termos serão abordados no presente trabalho. Isso porque, enquanto a judicialização é um fato, o ativismo é um ato de vontade, uma escolha, uma opção acerca da forma de interpretar a Constituição.¹²²

O ativismo judicial conforma um modo expansivo e criativo na interpretação do direito, levando a uma inovação na ordem jurídica, o que muitas vezes impulsiona uma maior interferência na esfera de competências, funções e atribuições dos outros Poderes.

Para Barroso, o ativismo se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.¹²³

Nesse sentido é que Claudio Ladeira de Oliveira diz que o ativismo judicial significa a adoção de uma postura mais audaciosa por parte dos juízes, tanto na “interpretação de princípios constitucionais abstratos tais como “dignidade da pessoa humana”, “igualdade”, “liberdade de expressão”, etc.”¹²⁴ como na reivindicação da “competência institucional e a capacidade intelectual para fixar tais conceitos abstratos,

¹²¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **ConJur – Consultor Jurídico**, 2008. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 26, out. 2017

¹²² BARROSO, 2008.

¹²³ BARROSO, 2008.

¹²⁴ OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências. **Revista de Direito e Garantias Fundamentais**, Vitória, v.16, p. 192-193, jan./jun. 2015.

concretizá-los, conferir um significado mais preciso a tais termos; e, principalmente: para julgar atos do legislativo que interpretam estes mesmos princípios.”¹²⁵

Sob esse viés, o ativismo judicial aparece como um comportamento até mesmo desejável aos membros do Judiciário que, novamente, são tidos como verdadeiros provedores dos direitos e garantias constitucionais, cuja efetivação seria completamente menosprezada pelos demais poderes públicos. Barroso ainda sustenta que um comportamento ativista é preferível ao que ele chama de autocontenção judicial;¹²⁶ pois, nos últimos anos, a postura ativista, principalmente do STF, permitiu que o Judiciário atendesse a diversas demandas da sociedade que não foram satisfeitas pelo parlamento.

Diante desse cenário, tecer qualquer crítica ao ativismo judicial parece mesmo insensato. Até porque diante de toda descrença nos meios ordinários de representação democrática, permeados de corrupção, cria-se um “sentimento de rejeição da política,”¹²⁷ que penetra desde os partidos políticos, os parlamentos e o Executivo, o que acaba por reafirmar a ideia de que o Judiciário seria uma instância blindada a esse tipo de nocividade. Assim, tem-se um Judiciário que passa mais credibilidade que os outros poderes e que é bem mais “proativo” na efetivação dos direitos, fatores que certamente contribuem para que muitas percepções em torno do ativismo judicial tenham conotação positiva.

Todavia, ocorre que, muitas vezes, essa postura proativa do juiz, agasalha posicionamentos em que o Judiciário não interpreta apenas além da Constituição, mas

¹²⁵ OLIVEIRA, 2015. p. 192-193. Como exemplo de decisão que denota um ativismo judicial, o autor menciona decisão monocrática do Min. Luiz Fux (ação originária nº 1773, STF, 2014), em ação que a Associação dos Juízes Federais (AJUFE), requeria a concessão do auxílio moradia aos juízes federais, tendo em vista a previsão na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) de que o poder legislativo poderia conceder o referido auxílio. Assim, de acordo com a AJUFE, o fato de que diversas unidades da federação já concedem o benefício a magistrados estaduais seria suficiente para conceder o benefício também aos juízes federais. Daí é que o Min. Fux concedeu o benefício pois, do contrário, haveria uma afronta ao princípio da igualdade e ainda acrescentou que a medida era “necessária para evitar a fuga de profissionais da magistratura (uma hipótese um tanto surpreendente, que não é corroborada por nenhum estudo empiricamente rigoroso)”. In: OLIVEIRA, 2015. p. 197-198.

¹²⁶ “O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduzida pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; (iii) abstêm-se de interferir na definição de políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas. In: BARROSO, 2008.

¹²⁷ OLIVEIRA, 2015. p. 193.

absolutamente a ignora. Ou seja, o texto da Constituição vira letra morta, todos os valores que dela emanam se dissipam e o juiz, a partir de julgamentos de valor, sem qualquer supedâneo jurídico, decide e impõe a sua visão tanto ao jurisdicionado como aos outros poderes. A decisão judicial, portanto, torna-se apenas uma veiculação da discricionariedade do juiz.

A partir dessa perspectiva, as convicções pessoais do magistrado se substituem ao próprio ordenamento jurídico. Lênio Streck, portanto, diz que o ativismo judicial acontece

quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas). No Brasil, esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de “princípios”, em que cada ativista (intérprete em geral) inventa um princípio novo.¹²⁸

E, tecer críticas ao ativismo não significa, obviamente, defender que o juiz deve ser a “boca da lei”, um ser neutro e imparcial, cuja principal (e, talvez, única) tarefa seria a de subsumir o fato à norma. Ora, é claro que questões políticas adentram no Judiciário a todo o momento (afinal, como já se disse, vive-se em uma época de intensa judicialização da política) e o juiz certamente tem as suas concepções e ideologias sobre cada uma dessas questões; mas isso não significa que é dado a ele o poder de decidir única e exclusivamente com base nas suas concepções pessoais, sobrepondo-as aos demais sob o rótulo da necessidade/racionalidade.

Até porque, embora não se refute totalmente a ideia de que o Judiciário tem participação ativa na efetivação de alguns direitos, parece um pouco audacioso conceber que o único problema do ativismo judicial é que ele demonstra as insuficiências do Legislativo e do Executivo. Além disso, é preciso ter em mente que um Judiciário que assume postura extremamente ativa na interpretação das normas gerais de direitos fundamentais pode sim trazer riscos e obstáculos para um fiel desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.¹²⁹

Primeiro, porque enaltecer a atividade judicial em uma nação que vê no juiz a figura de um materializador dos seus direitos (que, no tocante às políticas públicas, frequentemente são constitucionalmente previstos, porém outras tantas vezes não

¹²⁸ STRECK, Lênio Luiz. **OAB Entrevista**. Uberlândia, 2010. Disponível em: <<http://www.oabuberlandia.org.br/oabudia.qps/Ref/QUIS-7W4SZ6>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

¹²⁹ OLIVEIRA, 2015. p. 195.

concretizados) contribui para a percepção de que o Poder Judiciário é “um grande guichê de reclamações da sociedade.”¹³⁰ Some-se a isso o fato de que essa mesma nação demoniza a política e canoniza o juiz, como alguém alheio e imune a todas as pressões sociais, que vai resolver os seus problemas e conceder os seus direitos.

Outrossim, essa maneira ativa de interpretar as leis e a própria Constituição, principalmente a partir das ações de controle de constitucionalidade, acaba desqualificando a própria atividade legislativa. É que, conforme explana Jeremy Waldron, embora tanto os legisladores como os juízes devam apresentar as razões para seus votos, “os juristas aprendem a estudar a fundo as razões apresentadas por juízes; eles não recebem treinamento para estudar a fundo o raciocínio legislativo”¹³¹. Por isso, também, é complicado que os juízes, a partir de subterfúgios interpretativistas, adentrem irrestritamente no campo afeto ao Legislativo.

Ora, o problema reside justamente no fato de que a atividade judicial também pode ser uma fonte de abuso de poder e colocar o Poder Judiciário num pedestal pode, potencialmente, favorecer um governo de juízes; do qual não se tem qualquer evidência de que seja melhor, mais apropriado ou até mais democrático que a atual estrutura de representação popular. Tendo isso em mente, nos próximos itens analisar-se-á alguns subterfúgios utilizados pelos magistrados para interpretar de maneira “proativa” o direito.

3.2.2.1 O decicionismo judicial baseado em princípios

Uma das principais formas pelas quais o ativismo judicial se manifesta no Brasil é através de um decicionismo que invoca princípios para resolver toda e qualquer situação. Ou seja, uma das faces mais expressivas do ativismo judicial está em basear as decisões em um rol infinito de princípios. Por isso, Lênio Streck aduz que “caímos em

¹³⁰ STRECK, Lênio Luiz. Ativismo judicial não é bom para a democracia. **ConJur – Consultor Jurídico**, 2009. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso em: 30, out. 2017.

¹³¹ WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao Judicial Review. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (orgs). **Legitimidade da jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p 130.

uma espécie de pan-principiologismo,¹³² isto é, quando não concordamos com a lei ou com a Constituição, construímos um princípio.”¹³³

Nesse sentido, Daniel Sarmento observa que

[...] muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarmos a justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decicionismo judicial. Um decicionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decicionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser.¹³⁴

E embora se saiba que, modernamente, os princípios são considerados como verdadeiros elementos informadores e conformadores do sistema constitucional,¹³⁵ e do ordenamento jurídico como um todo; percebe-se que muitas vezes eles funcionam como um instrumento retirado de uma cartola mágica, capaz de encantar e acomodar qualquer decisão. Além disso, muitas vezes invocam-se os princípios mesmo quando a sua aplicação é completamente desnecessária (por haver alguma norma legal) e até mesmo descabida no caso concreto.

Dentro desse fetichismo principiológico, Sarmento menciona que os campeões das decisões judiciais são os princípios da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade. Ele explica que “O primeiro é empregado para dar imponência ao decicionismo judicial, vestindo com linguagem pomposa qualquer decisão tida como politicamente correta, e o segundo para permitir que os juízes substituam livremente as valorações de outros agentes públicos pelas suas próprias.”¹³⁶

¹³² Como exemplo desse “pan-principiologismo”, Lênio Streck cita os princípios “da afetividade”, “da rotatividade”, “do deduzido e do dedutível”, “da parcelaridade”, “da possibilidade de anulamento”, entre outros. In: STRECK, Lênio Luiz. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. **ConJur – Consultor Jurídico**, 2012b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso em: 31, out. 2017.

¹³³ STRECK, 2009.

¹³⁴ SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda**, Rio de Janeiro, 2007. p. 33. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-ubiquidade-constitucional-os-dois-lados-da-moeda/ubiquidade-constitucional-daniel-sarmento.pdf>> Acesso em: 21 nov. 2017.

¹³⁵ CRISTÓVAM, 2016b. p. 86.

¹³⁶ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Rio de Janeiro, 2009. p. 15. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/15-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2017.

Ademais, muitas vezes os princípios são utilizados como se fossem um fundamento de validade da decisão. Ou seja, ao que parece, os juízes estariam dispensados de fundamentar argumentativa e racionalmente sua decisão se, para coroar seu entendimento, houvesse algum princípio aplicável ao caso (ou, se não houver, o intérprete cria um novo princípio, lhe dá o status de hierarquia constitucional e, assim, resolvem-se todos os problemas).

Isso sem contar quando as próprias regras legais são discutidas como se princípios fossem, passando a ter ampla validade e, portanto, uma suposta necessidade de se aplicar ao caso, simplesmente por receberem tal alcunha. Some-se a isso o fato de que, muitas vezes, a prática dos tribunais também denuncia um “Leito de Procusto’ hermenêutico: se a norma a aplicar diz mais do que se quer, o intérprete corta-lhe um pedaço; se diz menos, estica o seu sentido até alcançar a ‘medida correta.’”¹³⁷

Ora, é preciso ter em mente que não é porque um princípio pode ser aplicado em determinado caso, que ele vale mais ou é suficiente para afastar as demais regras. Além disso, o princípio não funciona como uma carta de alforria do intérprete, permitindo que ele se desincumba do ônus de fundamentar sua decisão. José Sérgio da Silva Cristóvam ainda esclarece que

O princípio *in abstracto* é oco de força normativa, não dispõe de peso ou densidade apriorística, não é um “coringa místico” que vença todos os jogos práticos, uma espécie de chave normativa que abre todas as portas e soluciona todo e qualquer problema. Não basta alegar um princípio jurídico, impõe-se densificá-lo pela via das respectivas condições de precedência fáticas e jurídicas, inclusive justificando as razões de sua preponderância no caso de conflitos entre direitos e interesses constitucionalmente protegidos.¹³⁸

Com isso não se quer dizer que os princípios não devem ser aplicados ou que devem ter sua utilidade limitada a enfeitar o ordenamento jurídico. Não. O que se defende é que os princípios sejam utilizados com parcimônia pelos juízes, no sentido de que cada princípio deve ter além de uma razão de ser consubstanciada no caso que ensejaria a sua aplicação, uma justificação, fática e jurídica, do por que ele de fato se encaixa na da lide.

Entender que os princípios podem ser aplicados a esmo é o mesmo que ser conivente com um Judiciário que a cada dia mais se confunde com uma loteria e que,

¹³⁷ CRISTÓVAM, 2016b. p. 261.

¹³⁸ CRISTÓVAM, 2016b. p. 56.

com seus arbítrios, fere duramente a segurança jurídica, um dos baluartes fundamentais do Estado Democrático de Direito. Compactuar com esse tipo de postura do Judiciário pode significar

[...] estar avançando a passos largos para uma nefasta e deletéria substituição do primado da lei, típica do tradicional modelo formal-positivista, pelo primado das valorações subjetivas dos juízes, desprovidas de parâmetros e critérios aferíveis e justificáveis para respaldar a atividade jurisdicional.¹³⁹

Assim, é preciso um comprometimento muito maior do Poder Judiciário com os valores e preceitos constitucionais. Afinal, um Poder Judiciário afinado com a Constituição não se coaduna com decisões aleatórias, baseadas única e exclusivamente em uma intuição pessoal do magistrado.

3.2.2.2 A utilização dos conceitos jurídicos indeterminados

A mesma crítica feita anteriormente ao decicionismo judicial baseado em princípios também pode ser feita neste item. Isso porque, muitas vezes, quando o juiz preenche o sentido e significado de um conceito jurídico indeterminado acaba incorrendo na prática de ativismo judicial.

Sabe-se que os conceitos jurídicos indeterminados geralmente estão presentes nas normas abertas ou genéricas, em que há ampla liberdade de conformação acerca de seus possíveis significados, podendo conter múltiplos sentidos. Segundo Gilmar Mendes, “a maior abertura da norma tende a ser uma opção do constituinte para atender a um juízo sobre a conveniência de se confiar a concretização da norma à composição posterior de forças políticas relevantes.”¹⁴⁰

E mesmo uma lei que, aparentemente não tenha nenhum conceito jurídico indeterminado dificilmente consiga prever todas as suas hipóteses de incidência, quando os conceitos jurídicos indeterminados se fazem presentes essa dificuldade é ainda maior.

¹³⁹ CRISTÓVAM, 2016b. p. 257.

¹⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 103.

É o caso, por exemplo, dos conceitos de “necessidade ou utilidade pública,”¹⁴¹ “interesse social,”¹⁴² “iminente perigo público,”¹⁴³ “interesse público,”¹⁴⁴ entre outros.

Nesse sentido, é lógico que se o conceito é indeterminado é justamente porque a tarefa de determiná-lo será do intérprete. E isso significa que quando houver a presença de um desses conceitos, o juiz deve estar atento e comprometido com o contexto jurídico constitucional para construir o significado, ou seja, deve ter coerência ao dimensionar e fundamentar a definição semântica do termo.

Do contrário, estar-se-ia a voltar para o que Lênio Streck chama de “estado de natureza hermenêutico”, em que

[...] a partir da desculpa dos termos vagos, ambíguos ou de textura aberta, tomam-se decisões de conveniência ou com base em argumentos de política, de moral ou de economia. Acabamos por confundir a era dos princípios e a abertura semântica, que sempre existe, com autorização para uma livre atribuição de sentido, como se existisse um grau zero de sentido. ¹⁴⁵

Ou seja, embora o juiz tenha suas próprias convicções e ideologias pessoais, não deve ser com base nessas experiências que ele deve preencher o significado dos conceitos jurídicos indeterminados. Se assim o fizer, estará agindo completamente de encontro ao dever constitucional de fundamentação das decisões, bem como estará contribuindo ainda mais para enraizar as práticas patrimonialistas e das relações de compadrio; pois através da vagueza, da ausência de fundamentação e da superficialidade argumentativa de sua decisão fica muito fácil privilegiar alguns poucos em detrimento de outros muitos.

3.2.3 A politização da Justiça

¹⁴¹ Art. 5º: XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; In: BRASIL, 1988.

¹⁴² Art. 5º: LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; In: BRASIL, 1988.

¹⁴³ Art. 5º: XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano; In: BRASIL, 1988.

¹⁴⁴ Art. 37: IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público; In: BRASIL, 1988.

¹⁴⁵ STRECK, 2009.

Ao se considerar a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, principalmente após a Constituição Federal de 1988, partindo-se, também, de uma perspectiva de constitucionalização dos direitos e especialmente da intensa judicialização da política, ocorrida nos últimos anos – que demanda diversas manifestações por parte do Judiciário (que o faz, muitas vezes, através de um ativismo descarado), sobre questões que eram tradicionalmente levadas ao Legislativo e ao Executivo – percebe-se que a conjunção desses fatores pode fazer com que o Poder Judiciário se torne uma instância eminentemente política.

O que se quer dizer é que há uma aproximação muito intensa entre o modo de agir do Judiciário e a atuação dos demais poderes do Estado que de fato enfrentam (e devem enfrentar) diversas questões políticas. Primeiro, porque foram eleitos democraticamente para representar e discutir os anseios políticos de sua comunidade eleitoral e, segundo, porque a própria população espera uma postura altamente participativa desses membros.

Essa transferência de questões políticas ao Poder Judiciário, que frequentemente é recebida por meio de comportamentos ativistas, faz com que ele atue como legislador positivo – atividade que compõe uma das faces mais preponderantes pelas quais a função política do Judiciário se manifesta. Assim, os juízes utilizam todo o aparato da justiça para fazer política, interferindo diretamente em opções governamentais e no sistema político de forma geral.

Diante desse cenário, as decisões judiciais tornam-se armas políticas pelas quais os magistrados passam a influir nessa esfera. E, embora não se defenda uma estanque separação dos Poderes (enquanto funções do Estado), entende-se que o Poder Judiciário não é equipado, nem estruturado para exercer funções políticas. Como bem salientou Eduardo Appio, “o discurso judicial não é irracional, nem pode estar amparado em argumentações que visam encobrir opções políticas dos juízes.”¹⁴⁶

Além disso, sustenta o referido autor que as decisões judiciais devem ser proferidas através da marca inconfundível da racionalidade, sob pena de perderem seu próprio fundamento de legitimidade por ofenderem o sistema representativo no qual se

¹⁴⁶ APPIO, Eduardo. A judicialização da política em Dworkin. **Revista Sequência**. Florianópolis, n. 47, p. 88, dez. 2003.

assenta a democracia.¹⁴⁷ Democracia que se sustenta em um sistema político de representatividade que funciona, também, como verdadeiro pilar do Estado Democrático de Direito, que corre sérios riscos de ser vilipendiado por meio de atuações políticas dos tribunais.

E, embora se saiba que é através do Judiciário que muitas minorias buscam a efetivação de direitos constitucionalmente previstos, sendo essa uma forma de se interferir nas opções políticas do Legislativo e do Executivo; é forçoso admitir que ao Judiciário é dado intervir livre e diretamente nas questões políticas sob o argumento de que essa é umas das perspectivas sobre as quais se consolida a necessária e contínua redemocratização do país.

Assim, mesmo que se acredite que as funções do Estado não devem operar em um sistema de absoluta separação e segregação – do contrário; antes se privilegia que os poderes públicos possam ter uma comunicação cada vez mais afinada entre si e que trabalhem em um regime de verdadeira cooperação – sabe-se que cada um deles tem sua função típica; sendo que apenas excepcionalmente exercem funções atípicas.

E justamente pelo fato de cada Poder ter sua função típica é que elas devem ser privilegiadas dentro da sua esfera de atuação. Isso significa dizer que, embora questões políticas adentrem a todo o momento no Judiciário, o juiz ainda está vinculado na sua tarefa de aplicar o Direito, ou seja, interpretar de acordo com a Constituição e demais leis, valores e princípios que conformam o ordenamento jurídico; e não de acordo com os preceitos e práticas do sistema político.

É preciso ter em mente que o discurso judicial não pode estar fundamentado em motivos que buscam apenas encobrir as opções políticas dos juízes. Assim, conforme já foi dito anteriormente, embora o juiz tenha suas convicções pessoais e preferências políticas, não é através delas que ele deve embasar sua decisão. Afinal, o Judiciário é primordialmente uma instância que visa resolver os conflitos a partir do conhecimento e da perspectiva jurídica e não política.

Afrouxar o entendimento nesse sentido pode significar uma desorganização ainda maior em um país com fortes tendências a dar “jeitinho” e a repudiar formalidades, facilitando a assunção de conjunturas em que cada um busca resolver as

¹⁴⁷ APPIO, 2003. p. 8-9.

questões conforme for melhor para si e para suas amizades. Por isso é que se defende que cada poder observe com um pouco mais de atenção a sua função para que através das suas diferenças um regime de cooperação seja contemplado, a partir do qual cada poder operará de forma mais alinhada, contributiva e convergente para os propósitos constitucionais de um Estado Democrático de Direito, no qual também se assenta o Brasil.

Por isso, no próximo capítulo, analisar-se-á a maneira pela qual as funções do Estado se relacionam quando o assunto é políticas públicas, especialmente no tocante ao controle judicial dessas questões, ressaltando-se, ainda, algumas limitações à atividade judicial.

4 O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Feitas algumas observações sobre as políticas públicas num contexto pós Constituição Federal de 1988 e visto de que forma o Poder Judiciário vem enfrentando um agigantamento de suas funções, cumpre agora analisar de que forma essa instância opera (ou deveria operar) o controle judicial dessas políticas e quais são de fato as possibilidades de controle.

Assim, conforme já se disse anteriormente, diversos fatores contribuíram para que houvesse uma judicialização da política no país. A ampla constitucionalização dos direitos, a larga via de controle de constitucionalidade, a maior facilidade de acesso à justiça juntamente com o descrédito que os demais Poderes Públicos (Legislativo e Executivo) vêm enfrentando, são apenas alguns exemplos dos aspectos que ensejam frequentes manifestações do Poder Judiciário sobre políticas públicas. Ou seja, o próprio contexto jurídico-político-social brasileiro permite, cada vez mais, que as políticas públicas adentrem nos tribunais.

E, quando se pensa em controle judicial de políticas públicas, geralmente associa-se essa atividade com as políticas relacionadas à área da saúde (fornecimento de medicamentos, de procedimentos cirúrgicos, de leitos em UTI, etc). No entanto, é possível observar o fenômeno também em decisões que determinam a construção de creches ou a criação de vagas em escolas, que ordenam a construção de estabelecimentos prisionais, que interferem na nomeação e lotação de agentes públicos, no fornecimento de moradia pelo Estado, na inclusão de dotação orçamentária, entre outros.¹⁴⁸ Além disso, diversas temáticas relacionadas a prestação de direitos fundamentais estão na pauta do STF, inclusive com repercussão geral reconhecida.¹⁴⁹

¹⁴⁸ GROSS, Alexandre Felix. Controle judicial de políticas públicas: uma abordagem a partir do consequencialismo. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**. Brasília, v. 41, p.153, jan./ju. 2016.

¹⁴⁹ CRISTÓVAM; CATARINO, 2016a. p. 116-117. Como exemplo dessas temáticas pode-se citar: **Tema 500: Saúde. Medicamento. Falta de registro na agência nacional de vigilância sanitária. Ausência do direito assentada na origem. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Configuração.** Possui repercussão geral a controvérsia acerca da obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária ANVISA. (RE 657718 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 17/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-051 DIVULG 09-03-2012 PUBLIC 12-03-2012 REPUBLICAÇÃO: DJe-092

Embora a maior judicialização da política tenha sido o principal elemento pelo qual as políticas públicas estão bem mais presentes no ambiente judicial, é preciso atentar para o fato de que, muitas vezes, quando o Judiciário realiza o controle da atividade administrativa e legislativa, ele se depara com questões envolvendo políticas públicas. Ou seja, o próprio controle judicial da atividade administrativa e legislativa pode levar o Judiciário, por vezes, a se manifestar sobre tais temas.

Todavia, é preciso ressaltar que o controle judicial da atividade administrativa e legislativa não só é necessário, como também funciona como uma expressão do equilíbrio entre as funções do Estado, traduzindo-se em um verdadeiro mecanismo do sistema de freios e contrapesos, em que cada Poder deve fiscalizar o outro, evitando autoritarismos e abusos de poder.

Só que esse controle judicial, no entanto, deve, sempre que possível, respeitar a escolha do administrador e do legislador, sendo que qualquer invalidação ou revogação de algum ato administrativo ou legislativo deve ser excepcional e pautar-se, primeiramente, pela análise da legalidade desses atos.

Por isso, é que no último capítulo deste trabalho observar-se-á de que forma o Poder Judiciário realiza o controle da atividade administrativa e legislativa e até que ponto ele pode operacionalizar esse tarefa. Também se observará alguns parâmetros para o controle judicial das políticas públicas e como essa atuação do Judiciário deve se dar nas etapas de formulação e execução, bem como nas situações em que houver omissão dos Poderes Públicos.

Por fim, analisar-se-á quais são os limites do controle judicial das políticas públicas, destacando fatores como a ausência de legitimidade democrática dos membros do Judiciário, a sua incapacidade institucional para averiguar todos os aspectos que envolvem uma política pública, bem como a necessidade de prestar mais atenção nas disponibilidades orçamentárias.

DIVULG 10-05-2012 PUBLIC 11-05-2012); e **Tema 698: Administrativo e Constitucional. Implementação de políticas públicas especificamente quanto à suficiência de profissionais na área de saúde. Alegada contrariedade aos art. 2º e 196 da Constituição da República.** Repercussão geral reconhecida do tema relativo aos limites da competência do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes em concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção. (RE 684612 RG, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, julgado em 06/02/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 05-06-2014 PUBLIC 06-06-2014).

4.1 O CONTROLE JUDICIAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA E LEGISLATIVA

Tendo em vista que muitas vezes o Judiciário se manifesta sobre políticas públicas ao exercer o controle da atividade administrativa e legislativa, é preciso investigar, de início, quais são os parâmetros desse controle, ou seja, quais as prerrogativas dos juízes no que concerne ao controle administrativo e legislativo para, após, verificar em quais ocasiões a sindicabilidade judicial das políticas públicas é possível.

Com relação ao controle da Administração Pública ressalta-se que ele pode ser realizado por qualquer um dos Poderes do Estado (Legislativo e Judiciário – controle externo), bem como por ela mesma sobre seus próprios atos (controle interno). O objetivo do controle é justamente assegurar que atividade administrativa seja realizada em conformidade com a Constituição e com os princípios que a inspiram.

No tocante ao controle judicial da atividade administrativa, destaca-se que sob o prisma da legalidade, o “Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários [...]”¹⁵⁰ Ou seja, em se tratando da análise de conformidade dos atos administrativos com a lei, o Poder Judiciário tem ampla esfera de atuação e pode exercer tal prerrogativa em todos os casos em que se discuta a (in)conformidade do ato administrativo em questão com o dispositivo legal.

No entanto, o mesmo não ocorre quando o controle judicial envolver manifestação acerca do mérito da atividade administrativa. E aqui é importante fazer breve contextualização acerca da discricionariedade e vinculação na Administração Pública. Isso porque, nos casos de vinculação (atos vinculados), a lei prevê objetiva e taxativamente como o administrador deve agir, ou seja, “a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou

¹⁵⁰ DI PIETRO, 2015. p. 898.

qual forma.”¹⁵¹ Assim, a própria lei já traz consigo todas as posturas que o agente deverá adotar para atingir a finalidade pública.

Do outro lado, está a discricionariedade administrativa (atos discricionários), que ocorre quando “a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito.”¹⁵² E é justamente essa opção do agente que se traduz no mérito administrativo, que pode ser entendido como “um elemento integrante da atividade administrativa discricionária que se configura num juízo valorativo do agente público, na busca da melhor solução possível à situação posta, na intenção de satisfazer a finalidade imposta pela norma.”¹⁵³

Assim é que o mérito administrativo, nos atos discricionários, envolve, por parte do agente administrativo, juízos de justiça, equidade e principalmente acerca da oportunidade e conveniência, que são os grandes conformadores do mérito administrativo. Todavia, é importante ressaltar, ainda, que mesmo os atos discricionários não são totalmente livres: devem guardar observância à lei naquilo que estiver definido legalmente. Daí é que os atos vinculados são analisados apenas a partir da legalidade e os atos discricionários, a partir da legalidade e do mérito.¹⁵⁴

E, por muito tempo, entendeu-se que o mérito administrativo era um aspecto reservado única e exclusivamente à apreciação da Administração,¹⁵⁵ daí a impossibilidade da sindicância judicial do mérito administrativo. No entanto, a ampla constitucionalização dos direitos, a maior judicialização da política e a conseqüente ascensão do Poder Judiciário fizeram com que o mérito administrativo sofresse uma estreita mitigação, pois aspectos que eram entendidos como mérito, passaram a ser tidos como de legalidade em sentido amplo.¹⁵⁶

Assim, mesmo diante de atos discricionários, o juiz deve primeiro verificar se de fato trata-se de mérito administrativo, ou seja, deve interpretar a norma e concluir se ela possibilitava diferentes escolhas à Administração Pública.

¹⁵¹ DI PIETRO, 2015. p. 255.

¹⁵² DI PIETRO, 2015. p. 255.

¹⁵³ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Elementos de direito administrativo**. [mimeo]. 2016c. p. 84-85.

¹⁵⁴ DI PIETRO, 2015. p. 260.

¹⁵⁵ DI PIETRO, 2015. p. 260.

¹⁵⁶ DI PIETRO, 2015. p. 261.

Só após essa interpretação é que poderá concluir se a norma outorgou ou não diferentes opções à Administração Pública. Se, após a interpretação, concluir que existem diferentes opções igualmente válidas perante o Direito e aceitáveis diante do interesse público a atender, o juiz não poderá corrigir o ato administrativo que tenha adotado uma delas, substituindo-a pela sua própria opção. Aí sim haverá ofensa ao princípio da separação de poderes.¹⁵⁷

Ou seja, diante de casos em que seria possível aplicar mais de uma medida, todas juridicamente válidas, o juiz não pode substituir a escolha feita pelo agente público sob o argumento de que, sob sua análise, outra linha de ação seria mais acertada. E é justamente aqui que de fato reside o mérito administrativo insindicável pelo Judiciário.¹⁵⁸ No entanto, é preciso ressaltar que

[...] em muitos outros casos, poder-se-á concluir, com significativo grau de segurança, que a decisão tomada evidentemente ofende este ou aquele preceito constitucional, ou revela-se desproporcional quando considerados os meios utilizados à vista do fim almejado, ou mesmo irrazoável diante do contexto fático que se descortina ao tomador da decisão, ou ainda se mostra antieconômica, porque eleitas medidas mais dispendiosas quando disponíveis outras menos custosas e igualmente aptas a produzirem o mesmo resultado, em desrespeito ao princípio da eficiência administrativa. Em todas essas hipóteses, a decisão política tomada encontra-se fora do intangível espaço de liberdade do mérito administrativo, sendo, portanto, plenamente possível seu controle judicial.¹⁵⁹

Isto é, mesmo em se tratando de um ato discricionário, se a escolha do legislador afrontar violentamente a constituição ou se a escolha do administrador ofender, por exemplo, qualquer dos princípios que conduzem a atividade administrativa,¹⁶⁰ o juiz pode sim revogar ou invalidar o ato analisado.

Diante disso, diz-se que quanto aos atos vinculados, não há nenhuma restrição e o Judiciário está autorizado, em todos os casos, a analisar a conformidade do ato com a lei. Já nos atos discricionários, o controle judicial é possível; mas deve respeitar os limites do mérito administrativo, ou seja, de fato existindo uma faixa de incerteza,¹⁶¹ em que o ato não se mostra contrário a lei, o juiz deve respeitar a escolha do administrador. Isso porque, esse espaço fora previamente delimitado pelo legislador, que deixou um

¹⁵⁷ DI PIETRO, 2015. p. 262.

¹⁵⁸ CRISTÓVAM, 2016c. p. 94.

¹⁵⁹ CARNEIRO, 2015. p. 28.

¹⁶⁰ Art. 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 [...]. In: BRASIL, 1988.

¹⁶¹ Expressão utilizada por José Sérgio da Silva Cristóvam para indicar aquele espaço cinzento, em que “não se pode definir, com precisão, se a medida é oportuna e conveniente e, mesmo que apreciada pelo Judiciário deve ser mantida, pois que não se pode decidir precisamente acerca da sua razoabilidade ou irrazoabilidade, justiça ou injustiça, adequação ou inadequação”. In: CRISTÓVAM, 2016c. p. 96.

espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção.¹⁶²

Do contrário, o juiz estaria substituindo tanto a escolha feita pelo administrador, como a vontade do legislador, assumindo evidente papel de supremacia perante os outros dois que, a princípio, conhecem muito mais as razões de oportunidade e conveniência que o próprio magistrado.

E, os principais instrumentos pelos quais se pode pleitear o controle de atos da Administração Pública é através dos remédios constitucionais: o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança individual, o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, a ação popular, o direito de petição e, em alguns casos, a ação civil pública.¹⁶³

Com relação ao controle da atividade legislativa, além dos mecanismos citados anteriormente, esta também pode se dar através das ações de controle de constitucionalidade: a ação declaratória de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Sobre o tema, cumpre abordar brevemente que o próprio desenho do controle de constitucionalidade faz com que diversas matérias adentrem os tribunais brasileiros diariamente. Isso porque, o controle constitucional se divide em concentrado e difuso. O controle concentrado é aquele que demanda a criação de um órgão jurisdicional específico para resolver os conflitos de ordem constitucional, como é o caso do Supremo Tribunal Federal, no Brasil. Já o controle difuso possui uma abrangência muito maior, pois dá-se a prerrogativa a qualquer juiz ou tribunal de se manifestar sobre a (in)constitucionalidade de determinado dispositivo legal.

¹⁶² Para exemplificar, Di Pietro aborda dois casos: no primeiro, tem-se que “se a lei prevê o afastamento *ex officio* do funcionário incapacitado para o exercício de função pública, a autoridade tem que procurar o auxílio de peritos que esclareçam se determinada situação de fato caracteriza incapacidade; não poderá decidir segundo critérios subjetivos”. Mas, num segundo caso, “se, para a delimitação do conceito houver necessidade de apreciação subjetiva, segundo conceitos de valor, haverá discricionariedade. É o que ocorre quando a lei prevê a remoção do funcionário para atender a necessidade do serviço. No primeiro caso, o Poder Judiciário pode examinar o ato da Administração, porque ele não é discricionário. No segundo, não pode examinar os critérios de valor em que se baseou a autoridade administrativa, porque ela estaria penetrando no exame da discricionariedade”. In: DI PIETRO, 2015. p. 263-264.

¹⁶³ DI PIETRO, 2015. p. 919.

E, quanto ao modo em que esses controles (concentrado e difuso) são feitos, resta asseverar que o controle incidental (ou concreto) é aquele em que o juiz deve se pronunciar sobre determinada norma, que não trata do objeto principal da lide, mas sim sobre alguma questão prévia, que se mostra indispensável ao julgamento das questões de mérito.¹⁶⁴ Ou seja, aqui a discussão origina-se de um litígio *inter partes*, de um caso concreto. No país, esse tipo de controle está intimamente associado ao controle difuso, cujas principais características já foram apresentadas acima. Assim, até mesmo através, também, de ações individuais ou coletivas, é possível fazer o controle de constitucionalidade.

Além do controle incidental, há também o controle pela via principal, em que o órgão (tribunal) jurisdicional específico é invocado para se manifestar sobre a (des)conformidade de um ato normativo perante a Constituição. Daí que esse controle associa-se ao controle em abstrato, pois embora a discussão derive de um caso concreto, não necessariamente se leva em consideração o conflito existente para a resolução da questão, mas sim a inconstitucionalidade da lei, no seu sentido mais amplo – por isso, é que o efeito da decisão lavrada em controle abstrato de constitucionalidade tem eficácia *erga omnes*, ou seja, aplica-se para todos.

Sob essa perspectiva, embora o Brasil detenha um controle de constitucionalidade misto (concentrado e difuso), é possível compreender, ainda mais, o fortalecimento da figura do Poder Judiciário no país, principalmente pelo papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal. Isso porque, além de a Constituição Federal de 1988 ter fortalecido o controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal também funciona como última instância recursal, recebendo diariamente, entre outras demandas, diversos recursos ordinários constitucionais, reclamações constitucionais e, principalmente, recursos extraordinários, que mesmo tendo sua admissibilidade vinculada ao requisito da repercussão geral,¹⁶⁵ ainda abarrotam os escaninhos do Supremo.

¹⁶⁴ MENDES; BRANCO, 2012. p. 1521.

¹⁶⁵ A repercussão geral passou a ser requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário apenas com a Lei nº 11.418/06, “que dispõe que o Supremo Tribunal Federal só conhecerá o recurso extraordinário quando a questão constitucional oferecer repercussão geral, ou seja, quando discutir questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassando, assim, os interesses subjetivos da causa”. In: MENDES; BRANCO, 2012. p. 1538.

Dito isso, e analisando de que forma o Poder Judiciário realiza o controle da atividade administrativa e legislativa, fica um tanto quanto perceptível que, através dessa atividade, muitas vezes o Judiciário acaba tendo que se manifestar também sobre políticas públicas, assunto que, de acordo com o que se viu anteriormente, está cada vez mais imbricado nas vias judiciais do país. Por isso, é que no próximo item analisar-se-á alguns parâmetros para o controle judicial das políticas públicas.

4.2 PARÂMETROS PARA O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Conforme visto acima, muitas vezes ao realizar o controle judicial da atividade administrativa e legislativa, o Judiciário é invocado para se manifestar, também, sobre políticas públicas. Só que esse controle judicial das políticas públicas é assunto polêmico, pois “coloca em xeque a discricionariedade dos Poderes Legislativo e Executivo na definição e implementação das políticas públicas, bem como a complexa questão dos limites do seu controle pelo Poder Judiciário.”¹⁶⁶

E, como também já foi abordado neste trabalho, sabe-se que a Constituição Federal de 1988, que recebeu a alcunha de “Constituição Cidadã”, trouxe extenso catálogo de direitos fundamentais e sociais, promovendo uma verdadeira constitucionalização dos direitos. E é justamente através das políticas públicas que os Poderes Públicos, especialmente o Poder Executivo, procuram implementar (no mundo dos fatos) as metas fixadas constitucionalmente, (no mundo das leis).

Isso porque, conforme adverte Cristóvam,

Independentemente do espaço de poder onde são geradas, se no Poder Legislativo – discutindo e aprovando as leis, os planos e os orçamentos necessários a sua efetivação – ou na Administração Pública, impende concluir que as políticas públicas são atividades marcadamente administrativas e submetidas ao regime jurídico administrativo. As funções de planejar, governar, gerir e direcionar os recursos financeiros são próprias da Administração Pública.¹⁶⁷

Ou seja, pode-se afirmar que, em se tratando de políticas públicas, nenhuma competência foi constitucionalmente outorgada ao Poder Judiciário para participar

¹⁶⁶ DI PIETRO, 2015. p. 899.

¹⁶⁷ CRISTÓVAM, 2016c. p. 100.

ativamente no planejamento, na gestão, na implementação ou na direção de recursos financeiros para a consecução dessas medidas.

No entanto, conforme exposto, sabe-se que não poucas vezes o Judiciário é instado a se manifestar sobre o assunto. E aqui, cumpre resgatar o que foi dito no item anterior, de fato o Judiciário não pode interferir em políticas públicas quando envolver aspectos relacionados com a discricionariedade administrativa ou legislativa.

Isso significa que, embora o juiz sempre possa e deva analisar a legalidade dos atos que compõem a política pública em questão, ele não pode interferir nas opções feitas licitamente pelos outros poderes. Ou seja, havendo lei que preveja a regulamentação de determinado direito e, havendo medida desenvolvida pela Administração para executar o comando legal e que de fato consiga cumprir os objetivos previstos na lei, não pode o Judiciário substituir as opções do legislador e do administrador e impor a sua opção como a melhor linha de ação a seguir.

Isso porque, não há qualquer fundamento legal ou constitucional que conceda ao Poder Judiciário a atribuição de substituir a discricionariedade do legislador e do administrador pela sua própria, sob o pretexto de que a sua seria a mais correta ou justa.¹⁶⁸ Ora, “isso não quer dizer que o Judiciário não possa analisar a política pública; ele pode fazê-lo; mas, se verificar que as escolhas do Poder Público são razoáveis à vista das metas impostas constitucionalmente, ele não pode alterá-las ou determinar sua alteração.”¹⁶⁹ Essa é a ideia geral.

Todavia, defender qualquer um dos extremos do debate (intervenção máxima do Judiciário e proibição total) além de não ser saudável, não corresponde à realidade prática dos tribunais, e a “hipertrofia do Judiciário é tão indesejável quanto sua indolência”.¹⁷⁰ Além disso, o assunto é espinhoso e demanda que se vá um pouco mais além em sua abordagem. Isso se dá, pois a atividade judicial no controle das políticas

¹⁶⁸ Exemplo de decisão recente em que o Judiciário substituiu a discricionariedade do administrador pela sua própria, é no caso da decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, confirmada pelo STF, que suspendeu a eficácia da regra constante no edital do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), que prevê a nota zero na redação para os candidatos que desrespeitarem os direitos humanos. (Processo nº 0072805-24.2016.4.01.0000/DF). Independentemente dos juízos de valor que possam ser feitos sobre o conteúdo da decisão, entende-se que a tarefa de elaborar os critérios a serem utilizados no Exame é atribuição do INEP (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira), autarquia vinculada ao Ministério da Educação; e não do Judiciário.

¹⁶⁹ DI PIETRO, 2015. p. 905.

¹⁷⁰ APPIO, 2005. p. 76.

públicas sofre variações a depender do momento em que está inserida dentro do ciclo de existência da política pública (etapas de formulação e execução) e também frente a situações de omissão dos Poderes Públicos. E é notadamente com relação a esses aspectos que o estudo será direcionado a seguir.

4.2.1 O controle judicial da formulação

Tendo em vista que a definição das metas constitucionais a serem asseguradas prioritariamente por meio de políticas públicas cumpre ao Legislativo e que ao Executivo cumpre o seu planejamento, execução e gestão, tem-se que, no momento de formulação de uma política pública, é vedado ao juiz, substituir-se à vontade do legislador, que foi representativa e democraticamente eleito. Trata-se, portanto, relacionando-se com o ciclo das políticas públicas, do momento de formulação das alternativas, em que o Poder Público define e formula ações com o intuito de concretizar determinada garantia constitucional.

Nesse sentido, conforme sinaliza Eduardo Appio, a discricionariedade do agente público não pode ser substituída pela do juiz, pois é preciso ter em mente

[...] que a atividade-fim do Poder Judiciário é a de revisão dos atos praticados pelos demais Poderes e não a sua substituição, enquanto que a atividade-fim da Administração é estabelecer uma pauta de prioridades na execução de sua política social, executando-a consoante critérios políticos, gozando de discricionariedade, existindo verdadeira ‘reserva especial de administração.’¹⁷¹

Ou seja, admitir que o Judiciário possa se substituir na vontade do legislador e do administrador é corroborar com a ideia de que o Judiciário é um superpoder; afinal, substituir as prioridades do legislador e do administrador pelas do juiz, faz com que se retire do Legislativo, verdadeiro lócus de discussão política, “os meios indispensáveis para a consecução de suas finalidades, além de tornar o ato imune à revisão dos demais Poderes, numa perigosa concentração de funções.”¹⁷²

¹⁷¹ APPIO, 2005. p. 151.

¹⁷² APPIO, 2005. p. 155.

Além disso, a própria Constituição de 1988 estabeleceu a separação das funções do Estado, por entender que cada Poder deveria especializar-se em sua atividade principal. E, embora também a Constituição tenha positivado um extenso leque de direitos que, muitas vezes, permanecem apenas na letra da lei, não é por isso que se pode justificar um controle ilimitado do Judiciário.

Diante disso, o referido autor explica que

A intervenção indevida do Poder Judiciário na atividade legislativa ocorreria nos casos em que o constituinte previu a incidência da cláusula de reserva legal, no tocante a determinados direitos sociais. Também ocorreria nos casos em que a lei que outorga um direito social defere ao Executivo, a prerrogativa de regulamentação do direito previsto em um dado prazo, não se podendo conceber a ingerência do Executivo durante este lapso temporal.¹⁷³

Assim, quando o direito foi assegurado apenas genericamente pela Constituição, o Judiciário não pode determinar a implementação de todo um programa de ação, dependente de lei e verbas orçamentárias, pois a análise da eleição da política pública contemplada pelo referido plano de ação é afeta diretamente à discricionariedade legislativa, ou seja, é questão de natureza política; não jurídica.

O que se quer dizer, portanto, é que não cabe ao Judiciário eleger quais direitos serão atendidos prioritariamente, pois a eleição das prioridades faz parte da discricionariedade política que é concedida pela própria Constituição aos membros do Legislativo, que se traduz nas propostas e nos planos de ação dos governos eleitos.

Isso porque, é justamente a partir dos direitos genericamente previstos pela Constituição (ex: prover saúde, cultura e educação a todos, reduzir as desigualdades sociais, fomentar o trabalho e a livre iniciativa, entre outros)¹⁷⁴ que os membros do Legislativo e do Executivo vão delinear os seus planos de governo, nada garantindo que as escolhas dos juízes serão superiores, melhores que as do legislador ou do administrador.

¹⁷³ APPIO, 2005. p. 153.

¹⁷⁴ Diferentemente desses direitos genericamente protegidos, pode-se citar, por exemplo, o art. 198, CF, que garante que os serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, compondo um sistema único (prevê a forma pela qual a saúde será assegurada); o art. 215, § 3º, que estabelece que lei instituirá um Plano Nacional de Cultura, visando desenvolver a cultura no país; o art. 208, inc. IV, que garante o acesso em creche e pré-escola para crianças até 5 anos de idade; entre outros. Ora, todos esses comandos constitucionais de fato apresentam um grau de concretização muito maior do que apenas prever que a educação é direito de todos (art. 205, caput, CF), que a saúde é direito de todos (art. 196, caput, CF), etc.

Por isso é que se retoma a importância da ideia da democracia participativa como forma da população influenciar diretamente na escolha das prioridades do legislador no momento da formulação, da definição da política pública. Daí a necessidade de se construir mais espaços dialógicos, como os conselhos deliberativos e as audiências públicas, como forma de tornar a prestação estatal de fato mais democrática substancialmente e comprometida com os postulados de um Estado Constitucional de Direito.

4.2.2 O controle judicial da execução

Diferentemente do que ocorre na fase de formulação; na fase de execução de uma política pública, momento em que de fato ela é implementada na vida social, o controle judicial é possível. No entanto, embora ele seja possível, é necessário sempre ter em mente a ideia inicialmente exposta, de que esse controle é uma exceção e só pode ser realizado quando as escolhas do administrador não conseguem atender aos objetivos encerrados pela política pública ou quando há inércia do Executivo em garantir aquilo que já foi previamente estabelecido pelo Legislativo.

Nesse sentido, Eduardo Appio afirma que nos casos de execução de políticas públicas, a atividade de revisão judicial apenas se justifica diante de um desses pressupostos: a política pública já se encontra abstratamente prevista na Constituição ou em outra lei infraconstitucional; o Poder Executivo ainda não implementou a política pública prevista; ou, o Poder Executivo implementou a política pública, mas ao fazer isso rompeu com o princípio da isonomia, no sentido de que apenas cumpriu parcialmente o dever imposto.¹⁷⁵

Diante desses casos, é preciso que o juiz, ao deferir a medida pleiteada, tente se ater ao orçamento e indique da onde o recurso deve ser retirado. Afinal, como regra geral, tem-se que cumpre ao Poder Executivo implementar programas sociais previstos em lei ordinária, observando o disposto na lei orçamentária (ou seja, analisar questões de orçamento não é uma atividade típica do Poder Judiciário).

¹⁷⁵ APPIO, 2005. p. 168.

Diante disso, nos casos em que não houver valor específico previsto no orçamento, a decisão judicial deverá determinar que se utilizem recursos públicos destinados a despesas emergenciais, ou seja, importância que deverá sair da ‘reserva de contingência’, que são valores destinados para situações específicas diante de circunstâncias adversas ou diferentes das previstas.¹⁷⁶ E, “caso a decisão projete despesas de caráter continuado para os anos subsequentes, a lei orçamentária anual ulterior deverá prever estas despesas.”¹⁷⁷

Ainda sob esse aspecto, é preciso também que o Poder Executivo, antes de implementar qualquer política pública, analise a viabilidade financeira do projeto. Isso porque, não raras vezes o que se vê é a utilização das políticas públicas como verdadeiro coringa pelos governos, a fim de ressaltar suas políticas populistas – que, frequentemente, são vistas como um colírio por uma população bastante suscetível a promessas assistencialistas. No entanto, ao ter que concretizar as referidas promessas, o que se vê, também não raras vezes, é que a Administração tenta sair pela tangente, invocando na grande maioria dos casos, que sua atuação é limitada pela “reserva do possível”.

E, como um exemplo de controle judicial da execução de políticas públicas, pode-se citar exemplo abordado por Vanice Regina Lírio do Valle,¹⁷⁸ em que a União buscava a suspensão de liminar (SL nº 228/CE), deferida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que tinha determinado à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Sobral a transferência de todos os pacientes necessitados de atendimento em Unidades de Tratamento Intensivo (UTIs), para hospitais públicos ou privados que dispusessem de tal atendimento. Além disso, a liminar também determinava o início de ações a fim de instalar 30 leitos de UTIs (10 adultas, 10 neonatais e 10 pediátricas), no prazo de 90 dias.

Com relação a quantidade do número de leitos de UTI exigidos judicialmente que deveriam ser construídos para cada categoria, a referida autora adverte que a

¹⁷⁶ APPIO, 2005. p. 169. Trata-se “dotação global não especificamente destinada a determinado órgão, unidade orçamentária, programa ou categoria econômica, cujos recursos serão utilizados para abertura de créditos adicionais”. In: BRASIL. Senado Federal. Glossário. **Reserva de Contingência**. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/orcamento/glossario/reserva-de-contingencia> >. Acesso em: 09 nov. 2017.

¹⁷⁷ APPIO, 2005. p. 170.

¹⁷⁸ VALLE, Vanice Regina Pereira do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 105-106.

quantificação de cada uma das categorias “decorria de instrumentos normativos emanados do sistema SUS, e portanto, da estrutura constitucionalmente prevista como própria ao traçado de políticas públicas no segmento.”¹⁷⁹

Ou seja, não se trata de hipótese em que se determinava a formulação de política pública através imposições discricionárias do juiz. De fato, tratava-se de imposição prevista em normativa do sistema de saúde que não tinha sido implementada pela Administração Pública e que poderia ser usufruída por toda a população (e não somente por um único indivíduo em si considerado), o que enaltece o caráter coletivo das políticas públicas.

Por isso, é que Eduardo Appio salienta que em se tratando da proteção de direitos fundamentais

A vinculação do administrador público à lei não lhe permite atender a uma necessidade específica de um de seus cidadãos, sem que exista uma previsão específica em lei ou uma política social já implementada pelo Estado. Da mesma forma o juiz não poderá atender a uma necessidade individual (como a determinação da compra de um medicamento especial não previsto em qualquer programa social, por exemplo), com base no dever de proteção dos direitos fundamentais individuais – como o direito à vida, por exemplo – sem que exista um programa prévio de proteção social já implementado.¹⁸⁰

Em se tratando de medicamentos, por exemplo, sabe-se que há a Política Nacional de Medicamentos, dentro do Sistema Único de Saúde, que lista “medicamentos essenciais (para doenças mais comuns no país) e excepcionais (alto custo, menor incidência).”¹⁸¹ Essa lista serve justamente como uma previsão e revela um planejamento do governo para uma cobertura o mais eficaz e com o menor custo possível. Por isso é que havendo dois fármacos para tratar determinada doença, sendo que um está nessa lista e o outro não, o juiz deve conceder aquele que está na lista, justamente por estar contemplado dentro do planejamento do Estado.¹⁸² Afinal, quando o juiz decide em sentido contrário, além de sua determinação não ter respaldo em qualquer planejamento, traz também um impacto no orçamento estatal.

Assim, é que em se tratando do controle judicial da execução, é preciso que já exista uma previsão legal de implementação da política social ou que ela já tenha sido implementada, mas cumpra apenas parcialmente seu objetivo. Nesses casos, em que

¹⁷⁹ VALLE, 2009. p. 106.

¹⁸⁰ APPIO, 2005. p. 173.

¹⁸¹ KREUTZFELD, 2013. p 63-64.

¹⁸² KREUTZFELD, 2013. p. 64.

houver uma política pública a ser implementada em benefício de toda a população cumpre ao juiz assegurar o exercício do direito fundamental pleiteado.¹⁸³

Também pode ocorrer do juiz ter que garantir uma prestação negativa do Estado, em hipóteses em que a lei confere determinadas isenções fiscais, imunidades ou demais benefícios financeiros que não sejam adequadamente observados pela

¹⁸³ Outro exemplo de controle judicial na execução de políticas públicas pode ser visto através do precedente AgRE nº 639337, do STF, na área da educação. Vejamos: E M E N T A: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA [...] EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL [...] POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. [...] (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

Administração. Neste caso, “trata-se da proteção de direitos individuais homogêneos, uma vez que as ações poderão ser individualmente propostas.”¹⁸⁴

Por fim, é preciso ter em mente que a atuação judicial, ao realizar o controle da execução das políticas públicas, deve buscar sempre propiciar uma igualdade substancial entre a população e não tornar-se um meio de obter prestações estatais exclusivas, impondo que a Administração despenda numerosos recursos públicos a fim de atender uma situação individual sem qualquer supedâneo legal ou normativo para tanto ou sem qualquer previsão em uma política social coletiva. Assim é que, em tais casos, o Judiciário deve ter um cuidado muito maior, pois concretizar um direito para as partes do processo pode significar a inviabilização do exercício desse mesmo direito a um número muito maior de pessoas.

4.2.3 O controle judicial da omissão

Intimamente ligado ao controle judicial das políticas públicas, está o controle judicial da omissão, ou seja, o controle judicial realizado quando há evidente omissão do Poder Público em assegurar ou implementar direito previsto constitucionalmente. Nesses casos, também é possível que o Judiciário intervenha. Afinal, “a omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade da pessoa humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.”¹⁸⁵

Assim, o Judiciário deverá atuar nos casos em que a Constituição determinava alguma providência e houve inércia, principalmente, do Legislativo. Eduardo Appio, explica que nesses casos o direito sub judice, deve estar previsto na Constituição Federal e depender de regulamentação normativa, que ainda não foi implementada, para seu efetivo exercício.¹⁸⁶

¹⁸⁴ APPIO, 2005. p. 172.

¹⁸⁵ REsp 1041197/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 16/09/2009.

¹⁸⁶ APPIO, 2005. p. 83.

Nessas hipóteses, a própria Constituição abordou em seu texto quais são os remédios judiciais cabíveis: trata-se da ação direta de inconstitucionalidade por omissão¹⁸⁷ e do mandado de injunção.¹⁸⁸ Na primeira, é necessário haver omissão quanto “ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa”¹⁸⁹ e, na segunda, a omissão impõe dificuldade à plena realização de algum direito constitucionalmente previsto. Ou seja, em ambas as hipóteses não se trata de uma eleição discricionária do magistrado acerca do direito a ser assegurado, mas sim da necessidade de viabilizar o exercício do direito reclamado.

Com relação à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a decisão judicial tem efeito mandamental, ou seja, além de declarar a inconstitucionalidade por omissão a decisão deverá, também, determinar que o Poder competente tome providências para sanar a mora. Já no mandado de injunção, por muito tempo entendeu-se que o Judiciário não poderia dar efeitos concretos à decisão que reconhecesse a omissão.

No entanto, após o julgamento de alguns mandados de injunção paradigmas,¹⁹⁰ o entendimento começou a mudar e a própria lei do mandado de injunção trouxe disposição contrária. Assim, a decisão deve determinar prazo ao impetrado para que ele promova a edição de norma reguladora ou, não sendo suprida a omissão no prazo determinado, o Judiciário poderá estabelecer em quais condições se dará o exercício dos direitos pleiteados pelo impetrante.

E, caso o impetrado já tenha deixado de atender, em mandado de injunção anterior, prazo para suprir a mora legislativa, o Judiciário poderá, desde logo, determinar a forma em que o direito deverá ser exercido. Outrossim, importante

¹⁸⁷ Art. 103. § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. In: BRASIL, 1988.

¹⁸⁸ Art. 5º. LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; In: BRASIL, 1988.

¹⁸⁹ Art. 12-B. A petição indicará: I - a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa; In: BRASIL, Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009. Acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

¹⁹⁰ Pode-se citar, como exemplo, o MI nº 795, em que determinou a aplicação da aposentadoria especial, prevista no art. 57, da Lei nº 8.213/90, para os servidores públicos, ante a mora legislativa e o MI nº 712, que determinou que a greve dos servidores públicos fosse regulada pela lei que disciplina a greve dos empregados privados diante, também, da ausência de lei nesse sentido.

registrar que a decisão terá efeitos somente até a edição da norma reguladora e poderá ter eficácia *inter partes* ou *erga omnes*, quando este for indispensável ao exercício do direito objeto do mandado de injunção.

Por fim, cumpre salientar que estabelecer as condições em que se dará o exercício do direito pleiteado não significa que o Judiciário poderá substituir-se completamente à atividade legislativa (criando instrumento normativo totalmente novo sem qualquer debate legislativo, por exemplo), nem que as condições serão estabelecidas de forma discricionária. Significa, apenas, que o Judiciário deve encontrar meios de assegurar a realização do direito, da liberdade ou da prerrogativa cujo exercício esteja inviabilizado, sem que isso implique uma invasão em alguma atividade típica de outra função estatal.

4.3 LIMITES DA ATUAÇÃO JUDICIAL

Embora o Judiciário, conforme visto anteriormente, de fato possa, em alguns casos, realizar o controle das políticas públicas é preciso apontar algumas limitações decorrentes de sua própria configuração, o que o impede de realizar um controle amplo e irrestrito sobre a matéria. Além disso, é importante trazer ao debate tais limitações, principalmente pelo fato de que autorizar um controle ilimitado pelo Judiciário pode consistir em passar por cima de relevantes balizas constitucionais.

Por isso, far-se-á uma análise acerca de algumas das principais críticas direcionadas ao Judiciário quando o assunto é o controle das políticas públicas e de que forma elas funcionam como limitações a um amplo e irrestrito controle judicial. Assim, examinar-se-á alguns pontos como a ausência de legitimidade democrática dos membros do Judiciário, as questões de ordem orçamentária e a incapacidade institucional desse poder que o impede de avaliar de forma precisa o impacto de suas decisões.

4.3.1 Ausência de legitimidade democrática

Uma das principais críticas feitas quando o assunto é o controle judicial de políticas públicas, é a ausência de legitimidade democrática dos membros do Judiciário que, sem qualquer respaldo representativo, invalidam os atos praticados por poderes que têm ampla legitimidade democrática, como é o caso do Legislativo e do Executivo.

Tal atitude do Poder Judiciário seria capaz de por em xeque a própria segurança jurídica, um dos baluartes fundamentais do Estado Democrático de Direito. Afinal, ao se conceder amplos poderes aos juízes, sua palavra acaba se tornando a última, definitiva e, portanto, assume um destaque e um peso muito maior do que a palavra do legislador e do gestor público, cujo eco (diferentemente da palavra do juiz – que não possui qualquer vínculo representativo com a população) necessariamente encontra alguma ressonância nas multidões, até porque foram democraticamente eleitos para representar essas multidões. Some-se a isso, ainda, a ausência de qualquer tipo de responsabilização dos magistrados frente à população pois, de fato, não estão investidos num cargo representativo.

Diante desse cenário, o Poder Judiciário desenvolve um empoderamento peculiar, assumindo ainda mais as características para o despontar de um superpoder. É que todas essas particularidades contribuem, também, para a assunção de um verdadeiro governo de juízes. E,

Um governo de juízes seria de todo lamentável, não pelo simples fato de que não tenham sido eleitos para gerir a máquina administrativa ou para inovar no ordenamento jurídico, mas pela simples razão de que não detêm mandato fixo. Gozando da prerrogativa da vitaliciedade e da inamovibilidade, os juízes seriam insubstituíveis e mesmo quando suas decisões rompessem com a Constituição ainda assim somente poderiam ser retirados do cargo por força de um golpe de Estado, com a alteração da própria Constituição.¹⁹¹

O excerto colacionado acima é ilustrativo não para defender um mandato fixo à magistratura, mas sim para demonstrar que a complacência com um controle judicial irrestrito pode fazer com que o jurisdicionado fique de mãos atadas frente aos mandos e desmandos desse poder, cujas garantias asseguram a estabilidade dos juízes no poder e não preveem qualquer tipo de responsabilidade perante a população.

¹⁹¹ APPIO, 2005. p. 158.

E, embora usualmente se diga que justamente pelo fato do Judiciário possuir garantias como a vitaliciedade ele estaria menos suscetível a ceder às artimanhas do jogo político, percebe-se que os riscos da atual politização da justiça podem fazer com que ele não esteja mais tão longe assim de se tornar um órgão eminentemente político. Ademais, é importante ressaltar que não há qualquer garantia de que a decisão do juiz será necessariamente sempre melhor do que as do legislador e do administrador.

Aceitar, por fim, que o Poder Judiciário pode promover um amplo controle judicial, especialmente de questões políticas, em detrimento das esferas tradicionais de discussões dessas questões (diga-se, Legislativo e Executivo), pode ser ainda mais temerário. Isso porque, sabe-se que o processo político se desenvolve através de uma lógica muito diferente da qual se desenvolve o processo jurídico.

Ora, é intrínseco da atividade política o jogo de interesses, influências e estratégias. Afinal, cada parlamentar e cada agente do Executivo sustentam interesses muitas vezes divergentes (de ordem ambiental, rural, religiosa, a favor da comunidade LGBT, entre outros), mas interesses pelos quais eles foram democraticamente eleitos para representar. Já a lógica jurídica – embora o magistrado, conforme já se disse antes, tenha sim suas próprias ideologias e crenças pessoais – deve ser sustentada por um mínimo de racionalidade, buscando-se a maior conviência possível com a ordem constitucional, pela qual se assenta o Estado Democrático de Direito que é o Brasil.

4.3.2 Implicações orçamentárias

Embora de fato não seja vedado ao Judiciário determinar alterações na destinação das verbas orçamentárias a fim de assegurar o adequado cumprimento de direitos constitucionais judicializados, é importante salientar que essa manipulação dos recursos financeiros do Estado pelo Poder Judiciário não contempla uma de suas funções típicas, ou seja, quando necessária, deve ser feita com muita cautela e parcimônia.

É que, muitas vezes, ao manejar os recursos públicos, nem sempre o Judiciário consegue visualizar o efetivo impacto de suas decisões no orçamento estatal – daí

porque o controle judicial das políticas públicas deve ser feito sempre como uma exceção, através de parâmetros os mais objetivos possíveis, conforme se demonstrou anteriormente.

Isso porque, no momento de definir o orçamento, novamente o Judiciário não detém posição de destaque – trata-se de atividade típica do Legislativo e do Executivo. E, em uma conjuntura em que há uma incessante e crescente judicialização da política e em que os recursos são finitos, qualquer decisão judicial no sentido de efetivar direitos sociais traz consequências para o orçamento do Estado, “uma vez que, para o seu cumprimento, haverá alterações no orçamento, a fim de se adequar o já previsto ao que fora decidido pontualmente nos tribunais.”¹⁹²

Nesse sentido, Accioli e Arabi ainda destacam que

O impacto da incisiva atuação do Poder Judiciário em prol da efetivação dos direitos fundamentais ocorre sob tríplice aspecto: (a) atinge diretamente o orçamento público, em função de representar gasto muitas vezes não planejado; (b) alcança indiretamente o orçamento público, por usar a máquina do Judiciário, também pública, para prestar um atendimento ao cidadão, quando isto deveria ser desnecessário; (c) além de a maioria dos autores das ações judiciais, relacionadas à efetivação de direitos fundamentais, gozar de gratuidade de justiça, não havendo recolhimento das custas do processo.¹⁹³

Diante desse cenário, levando-se em consideração o impacto que a atividade judicial gera no orçamento público, especialmente em se tratando de alocação de recursos para desenvolvimento de políticas públicas, é que esse controle deve pautar-se, sempre que possível, pela perspectiva da macrojustiça. Ou seja, ao invés de se ater a resolução da questão simplesmente pelo viés da microjustiça, isto é, a partir do atendimento das necessidades imediatas e individuais de um único jurisdicionado; deve-se pensar a partir das possibilidades de atendimento das necessidades gerais, da sociedade como um todo.

Até porque, destinar valores a um outro programa ou ação significa a diminuição, na mesma proporção, da quantia que seria destinada a outras atividades desenvolvidas pelo Poder Público.¹⁹⁴ Por isso, do ponto de vista da justiça social, uma

¹⁹² ACCIOLI, Ana Caroline dos Santos. ARABI, Abhner Youssif Mota. A judicialização das políticas públicas e a escassez orçamentária. In: GOMES, Marcus Lívio; ALVES, Raquel de Andrade Vieira; ARABI, Abhner Youssif Mota. (Coords.). **Direito financeiro e jurisdição constitucional**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 42.

¹⁹³ ACCIOLI; ARABI, 2016. p. 43.

¹⁹⁴ VALLE, 2009. p. 110.

decisão nesse sentido pode comprometer atividades que estão sendo desenvolvidas, gerando efeitos danosos para a sociedade de forma geral.

Isso não significa dizer que o juiz não deve deferir pleitos individuais no que concerne à políticas públicas, mas sim pensar de forma mais alinhada com as necessidades da sociedade, analisando sempre as particularidades do caso concreto e tendo em mente que sua intervenção é uma exceção. Desse modo, orientado, sempre que possível, pelo prisma da macrojustiça, o magistrado, ao realizar o controle judicial de políticas públicas e, com isso, promover alterações no orçamento público, o fará de maneira muito mais ajustada aos preceitos constitucionais de igualdade substancial e justiça material.

4.3.3 Incapacidade institucional do Poder Judiciário

Além das críticas supramencionadas, a incapacidade institucional do Poder Judiciário também aparece como um fator de destaque quando o tema é o controle judicial das políticas públicas. Ou seja, essa crítica diz respeito à ausência de capacidade técnica do Judiciário para realizar um olhar macroestrutural, global, comprometido com os parâmetros da macrojustiça citada anteriormente.

É como salienta Renata Elisandra de Araujo

[...] a verificação da disponibilidade de orçamento e o controle de sua distribuição exigem conhecimentos técnicos específicos, estudos e domínio de informações por parte dos gestores e administradores, questões que estão fora do alcance do Poder Judiciário que não dispõe de uma visão global dos recursos disponíveis e das necessidades da população como um todo.¹⁹⁵

Nesse sentido, Barroso, referindo-se ao juiz, diz que “Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público.”¹⁹⁶ E, observando essa conjunção de fatores, verifica-se que principalmente (mas não só) no setor da

¹⁹⁵ ARAUJO, 2009. p. 322.

¹⁹⁶ BARROSO, 2008.

saúde, a incapacidade institucional do Judiciário encontra uma de suas maiores expressões, pois

Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matérias de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos.¹⁹⁷

Ou seja, o Judiciário não tem aptidão para identificar as necessidades sociais que de fato são prioritárias, pois a maioria dessas informações são prestadas pelos próprios poderes Executivo e Legislativo, cujo fundamento primeiro de sua atividade é representar a população, pressupondo-se, portanto, uma aproximação maior destes com a população, o que viabiliza um conhecimento muito mais apurado de suas reais necessidades – aproximação que inexiste no Poder Judiciário.

Defende-se, diante desse cenário, que exista uma integração maior entre os Poderes (funções) do Estado, pois embora cada um desenvolva uma função típica, nada impede que haja um diálogo entre eles, a fim de buscar uma concretização ainda maior dos preceitos constitucionais. A partir dessa aproximação, é prudente que o Judiciário, ao dialogar com os outros poderes, verifique se, em relação à matéria tratada, um outro Poder não teria maior qualificação ou conhecimento para auxiliar na decisão do magistrado, que deve inspirar-se a partir daí. Além disso, a promoção de espaços de democracia participativa, com audiências públicas, por exemplo, em que o debate se torna muito mais rico e multicolorido, também pode ser um ponto importante para uma decisão mais acertada por parte do Judiciário.

Assim, é preciso que o Judiciário, ao realizar o controle judicial das políticas públicas, acima de tudo, respeite os espaços de discricionariedade administrativa e legislativa. Isto é, respeite as escolhas do legislador e do administrador quando elas forem juridicamente válidas, razoáveis e cumpram os objetivos a que se propuseram ou que foram propostos pela própria política pública em questão.

Diante desse cenário, e considerando o agigantamento do Judiciário e a ampla judicialização da política (observando, também, os riscos que daí advém, como o

¹⁹⁷ BARROSO, 2008.

ativismo judicial e a politização da justiça) é preciso desenvolver, cada vez mais, parâmetros objetivos para que o Judiciário realize o controle das políticas públicas. Isso porque, mesmo nos casos em que o controle é admitido, o Judiciário deve buscar um melhor aparelhamento para melhor discutir tais questões e, assim, melhor decidir.

Guardada a importância do controle judicial das políticas públicas, é preciso que ele seja feito de modo responsável, pois além de trazer relevantes impactos para atividade financeira estatal, um controle judicial feito de forma inconsequente pode paralisar ou até mesmo comprometer toda uma estratégia de ação, coerente e juridicamente válida, já traçada para de fato implementar uma política pública.¹⁹⁸

Ora, não é dado ao juiz substituir a discricionariedade administrativa e a discricionariedade legislativa pela sua própria. Assim, colacionando-se as palavras de Barroso,

Quando tenha havido atuação do Legislativo ou do Executivo, o Judiciário deve ser deferente. O Poder Legislativo e o Poder Executivo, cujos membros são eleitos, têm uma preferência geral *prima facie* para tratar de todas as matérias de interesse do Estado e da sociedade. Decisão política em uma democracia, como regra, deve ser tomada por quem tem voto. E quando tenham atuado, os órgãos judiciais devem preservar as escolhas legislativas ou administrativas feitas pelos agentes públicos legitimados pelo voto popular. A jurisdição constitucional somente deve se impor, nesses casos, se a contrariedade à Constituição for evidente, se houver afronta a direito fundamental ou comprometimento dos pressupostos do Estado Democrático.¹⁹⁹

Nesse sentido, embora se saiba que cada uma das funções estatais tem um papel importante no que concerne ao equilíbrio do poder do Estado, é preciso que essas instituições trabalhem em um verdadeiro regime de cooperação entre si, principalmente quando questões referentes às políticas públicas fazem parte do debate. Pois, embora não seja razoável admitir que os poderes do Estado possam trabalhar em regime de substituição; eles não só podem, como devem trabalhar de forma integrada, a partir de estruturas e práticas que promovam a aproximação e o diálogo entre essas instituições, justamente a fim de oportunizar uma visão global acerca da política pública em análise.

É preciso, portanto, uma postura mais acauteladora do Judiciário ao promover o controle judicial dessas questões, afinal não há nada que garanta que a escolha promovida escusamente na antessala dos tribunais seja mais adequada do que a opção

¹⁹⁸ VALLE, 2009. p. 103.

¹⁹⁹ BARROSO, 2015. p. 389.

feita nos espaços tradicionais de debate e representação democrática, ou seja, no Legislativo e no Executivo.

Além disso, por fim, é preciso recuperar “os espaços de participação da comunidade no processo da tomada das decisões judiciais,”²⁰⁰ pois, conforme muito bem salienta José Sérgio da Silva Cristóvam,

[...] em uma autêntica ordem constitucional radicalmente democrática e materialmente republicana (o que ainda é uma promessa distante em *terrae brasiliis*), os espaços por excelência do debate político e da construção das decisões sobre os interesses da sociedade devem ser ocupados em condomínio pelas instituições sociais, associativas e corporativas (participação popular direta, associações comunitárias, organizações não governamentais), e pelos órgãos legislativos e administrativos.²⁰¹

Ou seja, é necessária uma aproximação muito maior não só das instituições estatais entre si, mas também entre elas e as entidades de representação popular, evitando que o controle judicial seja uma forma de imposição unilateral da vontade do juiz. Priorizar uma democracia efetivamente participativa, principalmente no tocante à decisão de questões que envolvem políticas sociais, é o passo inicial e, quiçá, fundamental para dismantelar práticas (não só, mas especialmente) jurídicas, em que se utiliza o aparato da justiça para dar aos amigos os favores e, aos demais, os seus rigores. Afinal, embora a promessa ainda esteja distante, não se pode deixar de acreditar.

²⁰⁰ APPIO, 2003. p 95.

²⁰¹ CRISTÓVAM, 2016b. p. 55.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou analisar de que forma as políticas públicas estão inseridas no Brasil, principalmente num contexto pós Constituição de 1988. Isso porque, o referido diploma legal, de fato, inaugurou uma nova ordem social no país e foi responsável por efetuar uma verdadeira constitucionalização dos direitos, ou seja, muitas garantias foram elevadas ao patamar constitucional, sendo que as políticas públicas passam a ser uma das principais formas pelas quais os Poderes Públicos pretendem assegurar esses direitos.

Além disso, buscou-se demonstrar que a nova ordem constitucional trouxe consigo uma verdadeira mudança de paradigmas, assentando a realidade jurídico-social do país ao reconhecer a importância de postulados como o da dignidade da pessoa humana e da democracia substancial, que também devem ser observados quando o assunto são políticas públicas. E, justamente com a maior inserção das políticas públicas na realidade social do país é que se analisou a forma pela qual a normativa constitucional contribuiu para a ampliação do debate sobre o assunto. Observou-se, sob o prisma da separação de poderes, que cada uma das funções do Estado desempenha atividades típicas e atípicas, sendo que no processo de consecução das políticas públicas, as principais atribuições constitucionalmente outorgadas ficaram a cargo do Legislativo e do Executivo.

No entanto, embora o Judiciário não tenha recebido nenhuma competência constitucional para atuar diretamente sobre as políticas públicas vê-se que, muitas vezes, ao realizar o controle externo da atividade legislativa e administrativa, prerrogativa que lhe foi constitucionalmente outorgada, ele acaba sendo invocado a se manifestar sobre o assunto.

Só que dentro do panorama brasileiro, na perspectiva pós Constituição Federal de 1988, no qual também se inserem as políticas públicas, percebe-se que o Judiciário passou a experimentar um agigantamento de suas funções. Fatores como maior facilidade de acesso à justiça, a ampla constitucionalização dos direitos (e a própria textura aberta em que muitos desses direitos foram constitucionalizados), a crise de representatividade democrática dos outros poderes, a relevância do Supremo Tribunal

Federal para decidir diversas questões e a larga via do controle de constitucionalidade, passaram a fazer com que o Poder Judiciário assumisse um papel central no que concerne à discussão das políticas públicas.

Viu-se, assim, que tudo isso contribuiu para uma intensa judicialização da política no país, ou seja, questões que eram tradicionalmente decididas pelo Legislativo e pelo Executivo passaram a ser levadas ao Judiciário, o que inegavelmente gera um aumento de poder por parte dos juízes. E junto com esse aumento de poder, diversos magistrados passam a adotar posturas ativistas ao lidar com o direito, isto é, fazendo uma interpretação jurídica de modo expansivo e criativo, muitas vezes inovando dentro do ordenamento e propiciando que ocorra uma maior interferência do Judiciário em outras esferas de poder.

Assim, analisou-se que o ativismo judicial se manifesta, também, a partir de um decicionismo baseado em princípios em que esses postulados são utilizados ao bel-prazer do juiz numa tentativa de lavar as mãos quanto ao dever de fundamentação e racionalidade das decisões. O mesmo ocorre com a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, cujo significado muitas vezes é preenchido pelo juiz sem qualquer comprometimento jurídico ou até mesmo semântico. Todas essas características contribuem para que o Judiciário se torne cada vez mais um ambiente político; e não jurídico, como era de se esperar.

Tendo observado todos esses fatores, que são presentes na atual atividade judicial, e considerando o controle que o Poder Judiciário realiza sobre a atividade legislativa e administrativa, observou-se a inter-relação desses aspectos com o controle judicial das políticas públicas. Viu-se que em se tratando do controle da atividade legislativa e administrativa há uma faixa de discricionariedade que não é dado ao juiz preencher. Trata-se do mérito administrativo, insindicável pelo Judiciário quando a escolha no legislador ou do gestor for juridicamente válida e compatível com os preceitos constitucionais.

Nesse sentido, concluiu-se que o mesmo raciocínio pode ser aplicado no controle judicial das políticas públicas. Isso porque, de fato a definição, planejamento e gestão de uma política pública não envolve diretamente o Poder Judiciário. Assim, quando este órgão for realizar o controle de alguma política pública deve, claro, analisar

a legalidade do ato, ou seja, a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico, mas respeitando as opções feitas pelos outros poderes.

Ou seja, havendo lei que preveja a regulamentação de determinado direito e, havendo medida desenvolvida pela Administração para executar o comando legal e que de fato consiga cumprir os objetivos previstos na lei, não pode o Judiciário substituir as opções do legislador e do administrador e impor a sua opção como a melhor linha de ação a seguir. Sendo que o mesmo se dá nos casos de controle judicial da formulação das políticas públicas – neste aspecto é absolutamente ilegítimo qualquer atuação por parte dos magistrados.

Todavia, quando se tratar do controle judicial da execução de uma política pública ou quando houver omissão, por parte de algum dos outros poderes, em executar o que já fora previamente estabelecido, o Judiciário pode intervir. No entanto, é preciso ressaltar que a intervenção do Poder Judiciário é sempre medida de exceção, e deve pautar-se primeiramente pela análise da legalidade do ato para depois apreciar se sua intervenção é juridicamente possível e válida; afinal ele estará fazendo juízos sobre a atuação de uma esfera cuja atividade não lhe é típica.

Por fim, é preciso ressaltar que mesmo nos casos em que o Judiciário pode realizar o controle judicial das políticas públicas, atuando onde o Legislativo e o Executivo não atuaram, deve fazê-lo de forma responsável. Isto é, tendo em mente que possui diversas limitações, seja por ausência de legitimidade democrática, seja por inaptidão em bem avaliar os recursos financeiros ou, ainda, por uma incapacidade institucional que o impede, muitas vezes, de analisar as políticas públicas sob o prisma da macrojustiça.

Daí a necessidade de desenvolver, cada vez mais, parâmetros objetivos para que o Judiciário bem desenvolva o controle das políticas públicas (entendendo, em qualquer caso, que o controle é uma exceção e que o juiz deve respeitar o espaço de discricionariedade do legislador e do administrador e suas escolhas, quando juridicamente válidas), apostando em práticas que aproximem as funções do Estado, para que trabalhem em um regime de cooperação entre si e com a sociedade, priorizando, também, práticas que se coadunem com um verdadeiro regime republicano e democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLI, Ana Caroline dos Santos. ARABI, Abhner Youssif Mota. A judicialização das políticas públicas e a escassez orçamentária. In: GOMES, Marcus Lívio; ALVES, Raquel de Andrade Vieira; ARABI, Abhner Youssif Mota. (Coords.). **Direito financeiro e jurisdição constitucional**. Curitiba: Juruá, 2016.

APPIO, Eduardo. A judicialização da política em Dworkin. **Revista Sequência**. Florianópolis, n. 47, p. 88, dez. 2003.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 1. ed. 7. reimp. Curitiba: Juruá, 2005.

ARANTES, Rogerio Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. A Constituição sem fim. In: DINIZ, Simone; PRAÇA, Sérgio (Orgs.). **Vinte anos de Constituição**. São Paulo: Paulus, 2008.

ARAÚJO, Renata Elisandra de. O controle judicial da execução das políticas públicas no Brasil. **Publicações da Escola da AGU**, Brasília, n. 01, 2009.

BARBOSA, Daniela Dutra de Almeida. O Poder Judiciário e a democracia no Brasil: o despontar de um “superpoder”. **Revista da ESMAPE**, Recife, n. 32, p. 184, jul./dez. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, abr. 2005. Acesso em 16, set, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **ConJur – Consultor Jurídico**, 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 26, out. 2017

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 12, p. 21, fev./mai. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto**. [S.l.], 2013. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, direito e política: o Supremo Tribunal Federal e os poderes da República. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, p. 384, set./dez. 2015.

BITENCOURT, Caroline Müller. A reserva do possível no contexto da realidade constitucional brasileira e sua aplicabilidade em relação às políticas públicas e aos direitos sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, n. 55, 216-217, jan./mar. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009**. Acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, Brasília, DF, 2009.

BRASIL. Senado Federal. Glossário. **Reserva de Contingência**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/orcamento/glossario/reserva-de-contingencia>>. Acesso em: 09 nov. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARNEIRO, Bernardo Lima Vasconcelos. O controle jurisdicional das políticas públicas: possibilidades, limites e parâmetros. **Revista CEJ – Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, n. 65, jan./abr. 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. LORENZETTO, Bruno Meneses. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CRISTÓVAM. José Sérgio da Silva. Direitos sociais e controle jurisdicional de políticas públicas: uma abordagem a partir dos contornos do Estado Constitucional de Direito. **Revista da ESMESC – Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, Florianópolis, n. 24, 2011.

CRISTÓVAM. José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015.

CRISTÓVAM. José Sérgio da Silva. CATARINO, João Ricardo. Políticas públicas, mínimo existencial, reserva do possível e limites orçamentários: uma análise a partir da jurisprudência dos tribunais no Brasil. In: GOMES, Marcus Lívio; ALVES, Raquel de Andrade Vieira; ARABI, Abhner Youssif Mota. (Coords.). **Direito financeiro e jurisdição constitucional**. Curitiba: Juruá, 2016a.

CRISTÓVAM. José Sérgio da Silva. **Princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016b.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Elementos de direito administrativo**. [mimeo]. 2016c.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Dimensões da constitucionalização das políticas públicas. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 240, set./dez. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. **R&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, n. 52, abr./jun. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ESTUDO: Montesquieu. **Guia do Estudante**, 2017. Disponível em: <<https://guiadoestudante.abril.com.br/especiais/montesquieu/>>. Acesso em: 20 out. 2017.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. A constitucionalização do direito administrativo e as políticas públicas. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, abr./jun. 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GROSS, Alexandre Felix. Controle judicial de políticas públicas: uma abordagem a partir do consequencialismo. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**. Brasília, v. 41, p.153, jan./ju. 2016.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 140, mai. 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KIM, Suyani. Lobby x Corrupção: Entenda a diferença. **Portal Politize**, 2016. Disponível em: < <http://www.politize.com.br/lobby-ou-corrupcao/>>. Acesso em: 22 set. 2017.

KREUTZFELD, Barbara. **O ativismo judicial na implementação de políticas públicas**. 2013. 73 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

MEDEIROS, Isaac Kofi. **Controle preventivo de constitucionalidade: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à luz da judicialização da política**. 2017. 104 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Leonardo Bruno Pereira de. **Processo e julgamento dos crimes de responsabilidade: a judicialização da política**. 2017. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2017.

NAGAMINE, Lucas Civile. Estado de bem-estar social e estado liberal: entenda a diferença. **Portal Politize**, 2017. Disponível em: < <http://www.politize.com.br/estado-de-bem-estar-social-e-estado-liberal-diferenca/>>. Acesso em: 21, set. 2017.

OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências. **Revista de Direito e Garantias Fundamentais**, Vitória, v.16, p. 192-193, jan./jun. 2015.

PIVETTA, Saulo Lindorffer. **Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda**, Rio de Janeiro, 2007. p. 33. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-ubiquidade-constitucional-os-dois-lados-da-moeda/ubiquidade-constitucional-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Rio de Janeiro, 2009. p. 15. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/15-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 31, out. 2017.

SCHOLZE, Victor. Emprego da teoria da constituição dirigente adequada à realidade brasileira. **Jus.com.br**, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/30277/emprego-da-teoria-da-constituicao-dirigente-adequada-a-realidade-brasileira>.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SENHORAS, Elói Martins. CRUZ, Ariane Raquel Almeida de Souza. Controle jurisdicional e judicialização das políticas públicas. **Revista Síntese Direito Administrativo**, São Paulo, n. 104, p. 41, ago. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. A conceituação da cidadania brasileira e a Constituição Federal de 1988. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. Ativismo judicial não é bom para a democracia. **ConJur – Consultor Jurídico**, 2009. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso em: 30, out. 2017.

STRECK, Lênio Luiz. **OAB Entrevista**. Uberlândia, 2010. Disponível em: < <http://www.oabuberlandia.org.br/oabudia.qps/Ref/QUIS-7W4SZ6>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

STRECK, Lênio Luiz. Ministros do STJ não devem se aborrecer com a lei. **ConJur – Consultor Jurídico**, 2012a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-07/senso-incomum-nao-aborreca-lei-ministra-nancy-andrighi>. Acesso em: 21 nov. 2017.

STRECK, Lênio Luiz. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. **ConJur – Consultor Jurídico**, 2012b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso em: 31, out. 2017.

VALLE, Vanice Regina Pereira do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

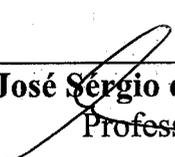
WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao Judicial Review. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (orgs). **Legitimidade da jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

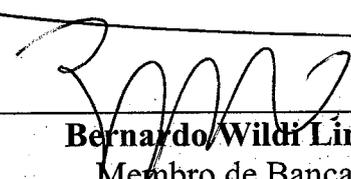
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “As políticas públicas e o Poder Judiciário no Brasil: controle judicial e os limites de atuação”, elaborado pela acadêmica **Emanuela Maria Franceschina Berta**, defendido em **28/11/2017** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 28 de Novembro de 2017.



José Sérgio da Silva Cristóvam
Professor Orientador



Bernardo Wildi Lins
Membro de Banca



Leonardo Bruno Pereira de Moraes
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Emanuela Maria Franceschina Berta

RG: 5.771.476

CPF: 088.150.019-48

Matrícula: 13103638

Título do TCC: As políticas públicas e o Poder Judiciário no Brasil: controle judicial e os limites de atuação

Orientador(a): José Sérgio da Silva Cristóvam

Eu, Emanuela Maria Franceschina Berta, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 28 de novembro de 2017.

Emanuela Berta

EMANUELA MARIA FRANCESCHINA BERTA