

**FACULDADE DE DIREITO DA FUNDAÇÃO ESCOLA
SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO –
MESTRADO**

LUÍS ANTONIO ZANOTTA CALÇADA

**ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS
Relações Complementares ou Tensionais**

Porto Alegre

2018

LUÍS ANTONIO ZANOTTA CALÇADA

ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS
Relações Complementares ou Tensionais

Dissertação apresentada como requisito para a aprovação parcial no Mestrado Acadêmico em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Área de concentração: Tutelas à efetivação de direitos indisponíveis.

Orientador: Dr. Anizio Pires Gavião Filho

Porto Alegre

2018

Calçada, Luís Antonio Zanotta
Ativismo judicial e políticas públicas: Relações
Complementares ou Tensionais / Luís Antonio Zanotta
Calçada ; orientador Anizio Pires Gavião Filho . --
Porto Alegre 2018.
202 f.

Dissertação (Mestrado)-- Faculdade de Direito da
Fundação Escola Superior do Ministério Público,
Mestrado em Tutelas à efetivação de Direitos
Indisponíveis, Porto Alegre, BR-RS, 2018.

1. Judicial Review. 2. Ativismo judicial. 3. Políticas
públicas. I. Gavião Filho, Anizio Pires , orient. II.
Título.



FACULDADE DE DIREITO DA
FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Recredenciada pela Portaria MEC n.º 130, de 27/02/2013 – DOU de 28/02/2013.

PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU – MESTRADO ACADÊMICO DE DIREITO
Reconhecido pela Portaria MEC n.º 256, de 15 de Fevereiro de 2017 – DOU de 16/02/2017.

Aos quinze dias do mês de março de 2018, às 15h, na sede da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, realizou-se a defesa da dissertação do mestrado apresentada pelo aluno **Luis Antônio Zanotta Calçada**, intitulada: “**Ativismo judicial e políticas públicas: relações complementares ou tensionais**”. A banca examinadora foi constituída pelos membros: Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho- FMP, Profa. Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal - UNISC e Prof. Dr. Maurício Martins Reis – FMP, sob a presidência do primeiro. O senhor presidente, após ter declarado aberta a sessão, deu a palavra ao mestrando para sua exposição inicial e, na sequência, passou à arguição dos examinadores. Terminadas as arguições, que se desenvolveram nos termos regimentais, a banca examinadora, em sessão secreta, julgou o trabalho atribuindo-lhe a seguinte nota 4,5. Fica o mestrando alertado para, no prazo de 30 (trinta) dias, a partir desta data, apresentar as correções finais e as vias definitivas no protocolo. Nada mais havendo a tratar, foram encerrados os trabalhos e lavrada a presente ata que vai assinada pelos membros da banca examinadora.

Comentários e sugestões da banca:

Orientador Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho – FMP

Profa. Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal – UNISC

Prof. Dr. Maurício Martins Reis – FMP

Ciente. Luis Antônio Zanotta Calçada

Data da entrega final: 15/04/2018

Secretaria do Mestrado



Dedicatória: à Julia, Ana Luiza e Arthur, que este possa servir de exemplo de que o estudo é um ato contínuo e o conhecimento uma busca incessante. À Dona Zoé e ao Doutor Ernani que eternamente vivem no meu coração e que muito me ensinaram.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente ao Professor Doutor Anízio Pires Gavião Filho, que aceitou a incumbência de ser meu orientador. Partindo de uma concepção Kelseniana, de que não existe uma única decisão correta, não existem palavras corretas que possam descrever o quão me sinto abençoado por ter sido escolhido como orientando. Todavia, para que não fique em branco, posso referir um misto de alegria, apreensão, admiração e respeito.

Ainda, ao Professor Doutor Plauto Faraco de Azevedo, cuja paixão pelo Direito é contagiante; aos Professores Doutores André Machado Maya, Bruno Heringer Júnior, Francisco José Borges Motta, José Tadeu Neves Xavier, Mauro Fonseca Andrade, Raquel Fabiana Lopes SpareMBERger e Rogério Gesta Leal, que me acompanharam na jornada e com os quais muito aprendi e ao Professor Doutor Handel Martins Dias cuja arquição na banca de qualificação foi desafiante. Agradeço a Camila, detentora de enorme paciência e educação para lidar com todos os anseios dos mestrados e a Fundação Escola Superior do Ministério Público, na figura seu Presidente, colega e companheiro de orientação David Medina da Silva, pela criação do curso de Mestrado.

Aos meus colegas de Mestrado que por amor à polêmica possibilitaram discussões engrandecedoras.

A todos aqueles que antes de nós passaram pelo mundo e contribuíram para que o Direito possa ser apaixonante aos olhos de um pesquisador.

RESUMO

Na presente dissertação, vinculada a linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados, investigaram-se os reflexos do ativismo judicial nas políticas públicas, como instrumentos de efetivação de direitos fundamentais. O assunto é importante pela possibilidade da interferência das decisões judiciais nas políticas públicas, nas escolhas dos gestores, prejudicando a governabilidade e, de outro lado, pela possibilidade de se fazer cumprir os direitos fundamentais pelo Estado. Buscou-se identificar, dessa forma, quais os impactos, sejam eles positivos ou negativos, de uma atuação intensa do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas, em que haja a usurpação de competências constitucionalmente atribuídas ao Poder Executivo. Tal busca visa responder à questão se o ativismo judicial tem impacto positivo ou negativo nas políticas públicas, complementares ou tensionais. O trabalho se desenvolveu avaliando-se os aspectos com relação as políticas públicas, conceito e avaliação do ativismo judicial e, por fim, correlacionando os dois pontos, os impactos do ativismo nas políticas públicas. Os resultados foram obtidos por meio de uma revisão bibliográfica, jurisprudencial e legislativa, pela qual se concluiu que a sindicabilidade dos atos do Executivo deve se limitar estritamente a aspectos legais das políticas públicas, em relação aos quais não há qualquer margem de discricionariedade para o gestor. Outrossim, inferiu-se que os efeitos deletérios do ativismo judicial, como a violação de dispositivos constitucionais, inclusive relacionados à própria existência de um Estado Social e Democrático de Direito, a insegurança jurídica, o descontrole financeiro do Estado, a antieconomicidade e a negligência ao coletivo, justificam que se censure a atuação exorbitante do Judiciário na seara das políticas públicas, ainda que a intenção seja a de promover a efetivação de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Políticas Públicas. Separação dos poderes. Poder Judiciário.

ABSTRACT

In this thesis, linked to Guardianship to effectiveness Public Unconditional Rights research line, the reflexions of the judicial activism in the public policies, as instruments of effectiveness of fundamental rights, were investigated. The issue is important by the possibility of interference of judicial decisions in public policies, in the choices of managers, impairing governance and, on the other hand, the possibility of enforcing fundamental rights by the State. It was sought to identify the positive or negative impacts of an intense action of the Judiciary in public policies, in which there is the usurpation of powers constitutionally attributed to the Executive Branch. This search aims to answer the question if the judicial activism has a positive or negative impact on public policies, if this impact are complementary or tensional. O trabalho se desenvolveu avaliando-se os aspectos com relação as políticas públicas, conceito e avaliação do ativismo judicial e, por fim, correlacionando os dois pontos, os impactos do ativismo nas políticas públicas. The work was developed by evaluating the aspects related to public policies, concept and evaluation of judicial activism and, finally, correlating the two points, the impacts of activism on public policies. The results were obtained through a bibliographical, jurisprudential and legislative review, which concluded that the syndicality of Executive acts should be strictly limited to legal aspects of public policies, for which there is no margin of discretion for the manager. It has also been inferred that the deleterious effects of judicial activism, such as the violation of constitutional provisions, including the existence of a Social and Democratic State of Law, legal insecurity, state financial uncontrol, anti-economics and neglect of people justify censuring the exorbitant performance of the Judiciary in the area of public policies, although the intention is to promote fundamental rights.

Keywords: Judicial activism. Public policy. Separation of Powers. Judiciary.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADC	Ações Declaratórias de Constitucionalidade
AI	Agravos de Instrumentos
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
BPC	Benefício da Prestação Continuada
CAUC	Cadastro Único de Convênios
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
DIEESE	Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos
ENAFAM	Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados
IR	Imposto de Renda
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LOA	Lei Orçamentária Anual
LOAS	Lei Orgânica da Assistência Social
MI	Mandado de Injunção
NCPC	Novo Código de Processo Civil
OSCIP	Organização da Sociedade Civil de Interesse Público
ONU	Organização das Nações Unidas
ONG	Organização Não Governamental
PPA	Plano Plurianual
ARE	Recurso Extraordinário com Agravo
RE	Recursos Extraordinários
SUS	Sistema Único de Saúde
STF	Supremo Tribunal Federal
TCF	Tribunal Constitucional Federal Alemão
ZFM	Zona Franca de Manaus

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. POLÍTICAS PÚBLICAS.....	13
1.1 Aspectos iniciais e conceito de políticas públicas	13
1.2 Formulação e ciclo das políticas públicas.....	26
1.2.1 Identificação do problema	33
1.2.2 Formação da agenda.....	34
1.2.3 Formulação de alternativas	35
1.2.4 Tomada de decisão	37
1.2.5 Implementação	39
1.2.6 Avaliação	40
1.2.7 Extinção	42
1.3 Políticas públicas e Direito Financeiro	42
1.4 Políticas públicas e direitos fundamentais.....	47
1.5 O mínimo existencial como fundamento para as políticas públicas.....	60
2. O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO-JURÍDICO DO ATIVISMO JUDICIAL..	71
2.1 Os primórdios da <i>Judicial Review</i>.....	71
2.2 Neoconstitucionalismo e ascensão do Poder Judiciário	73
2.2.1 A teoria neoconstitucionalista no Brasil.....	81
2.2.2 Consequências e críticas.....	82
2.3 Conceito de ativismo judicial.....	85
2.4 Ativismo judicial e judicialização da política.....	96
2.5 Ativismo judicial no Brasil.....	103
3. ATIVISMO JUDICIAL, POLÍTICAS E GESTÃO PÚBLICA: RELAÇÕES COMPLEMENTARES OU TENSIONAIS	115
3.1 Falta de legitimidade do Poder Judiciário para interferência nas políticas públicas	117

3.1.1 Separação dos poderes.....	117
3.1.2 Democracia, legitimidade e caráter contramajoritário do ativismo com relação às políticas públicas.....	123
3.1.3 Micro e macrojustiça e a isonomia nas decisões ativistas em políticas públicas	131
3.2 A avaliação da reserva do possível nas políticas públicas.....	134
3.2.1 Os custos dos direitos.....	138
3.2.2 A escassez de recursos.....	141
3.2.3 Restrição aos direitos fundamentais	147
3.2.4 Ativismo judicial e a reserva do possível nas políticas públicas	153
3.3 Ativismo no comando das políticas públicas.....	164
3.4 Ativismo e os gestores públicos.....	174
CONCLUSÃO	179
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	184

INTRODUÇÃO

A cada dia sobrevêm decisões judiciais que obrigam o Estado a fornecer bens e serviços aos administrados, envolvendo, basicamente, a satisfação de direitos sociais. Isso acaba por trazer um embate entre a vontade do administrador/legislador e a do juiz, por conta de uma eventual intromissão na esfera de competência. No Brasil, ocorrências dessa natureza surgiram após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que consagrou, em seu texto, uma ampla carta de direitos fundamentais. Apesar de, no Brasil, esse fenômeno parecer recente, ele é mais antigo no mundo jurídico. E, hodiernamente, estão mais corriqueiras e constantes, a ensejar debates jurídicos a respeito da matéria e, até mesmo, acalorados diálogos da sociedade em geral. De fato, com o televisionamento de sessões de julgamento e o surgimento das redes e mídias sociais, as discussões de casos como esses são realizadas dentro da casa de cada um dos cidadãos brasileiros.

A pertinência temática do presente trabalho é justamente esta: a existência, cada vez mais presente, de decisões judiciais que suplantam a lei e emanam determinações que extrapolam o judicialmente possível. Pela ótica da gestão pública, o Judiciário acaba por exarar determinações que exorbitam o previamente definido em políticas públicas. A partir dessas situações, para se compreender o fenômeno e melhor definir as respectivas consequências, deve-se conhecer e esclarecer o que se compreende por ativismo judicial e qual a participação do Poder Judiciário nas administrações públicas democraticamente instituídas.

Assim, cabe avaliar a possibilidade e a necessidade de se impor limites à atuação dos órgãos judiciários. É necessário destacar os argumentos pró e contra ao chamado “ativismo judicial”, com base em diversos aspectos, partindo-se, como base, de uma retrospectiva histórica da construção de políticas públicas. Ainda, é necessário averiguar posições sobre um possível déficit democrático e a possibilidade de impacto direto nas administrações públicas. Diga-se que tais casos não devem somente ser avaliados de uma forma estrita, pois as decisões judiciais geram efeitos, na sua grande maioria, para as partes litigantes, formam uma política pública casuística, um direito fundamental casuístico.

Questiona-se se os magistrados devem se ater à mera letra da lei ou propalar os valores acima de qualquer possibilidade. É importante avaliar tal ponto, pois o aumento do protagonismo do Judiciário pode resultar em ampliação de suas competências, em prejuízo das atribuídas aos outros Poderes. Mister é verificar o que seriam tais decisões e a extensão de eventual ativismo, bem como alertar quanto à necessidade de prudência e argumentação no decurso. Dessa forma, o estudo do ativismo judicial é de grande importância, não só no aspecto

da gestão e das políticas públicas, como se busca no presente trabalho, mas também em um sentido mais lato, de se saber identificar a existência de algum tipo de “política judiciária”.

O assunto tem profunda significação social. Se decisões judiciais influenciarem políticas públicas, para evitar justamente as demandas judiciais, a sociedade pode perder uma forma de expressão, a arena política impactando o planejamento inicial dos gestores públicos, com consequência na prestação de serviços.

Assim, é necessário delimitar o que é o ativismo judicial, através de suas características, esclarecendo pontos importantes e apresentando suas consequências sociais e os respectivos impactos na administração pública, em especial na elaboração e na execução das políticas públicas, bem como na seara de atuação do Poder Legislativo.

No primeiro capítulo, será exposta a visão social das políticas públicas, de busca dos direitos fundamentais. A partir do conceito de políticas públicas, abordar-se-ão as etapas para a formulação dessas, suas idiossincrasias e seus impactos sociais. Com a visão de como são executadas as políticas públicas, serão abordados os direitos fundamentais, dentro deles, os direitos fundamentais sociais, e as posições doutrinárias a respeito do mínimo existencial. Diferentemente do entendimento de que políticas públicas se resumem a uma decisão do gestor, o enredamento de atividades que compõem o ciclo das políticas públicas será apresentado, com a fim de esclarecer a dificuldade de se fomentar, desenvolver, executar e manter uma política pública. Toda o iter do início ao “fim” das políticas públicas, perpassando-se pela necessidade de recursos, financeiros principalmente, e a busca em se garantir os direitos fundamentais do povo.

No segundo capítulo, apresentar-se-á o ativismo judicial a partir de uma concepção histórica, desde os primórdios da Judicial Review, passando pelo fenômeno do neoconstitucionalismo, com o impacto de tal modificação na teoria constitucional. Com base na construção histórica, vislumbrar-se-á um conceito e visão atual do ativismo judicial. Também será exposto o impacto atual do ativismo judicial no Brasil e em outros países, além de se demonstrar sua diferenciação em relação à judicialização da política, tema que ainda causa dúvidas na doutrina. Dentro de uma visão no qual o ativismo judicial abrange diversas possibilidades de atuação, não havendo um conceito uno, consolidado doutrinariamente, a visão de todos os pontos característicos do fenômeno tem a finalidade de esclarecer e evitar uma conceituação por demais simplista, que não observe todos os aspectos do assunto. Isso, pois a visão de uma mera expansão judicial acabaria por se tratar de um reducionismo totalmente equivocado na análise pretendida. No âmbito das políticas públicas, os casos mais habituais

referem-se às questões relacionadas aos direitos sociais, mais basicamente o fornecimento de medicações e vagas em escolas.

O último capítulo irá realizar a interseção dos assuntos. Serão avaliados os impactos do ativismo na gestão e políticas públicas, estando inserido nessa o administrador público. A partir de diversas posições teóricas, tentar-se-á verificar se, ou quando, o ativismo judicial vai de encontro ou ao encontro à efetivação das políticas públicas, a partir de diversos aspectos, como o respeito à separação dos Poderes e a legitimidade democrática. O mesmo ponto de vista será utilizado para avaliar a possibilidade de haver ativismo judicial num quadro de escassez de recursos e a influência desse nas políticas públicas. Para demonstrar o impacto do ativismo nas políticas públicas, será vista a possibilidade do primeiro efeitos deletérios na responsabilização dos gestores.

As considerações serão realizadas a partir dos conceitos e teorias sobre os temas, utilizando-se de pesquisa legislativa, bibliográfica, nacional e estrangeira, com vista a descrever analiticamente o conteúdo e permitir uma reflexão com relação aos tópicos tratados.

1. POLÍTICAS PÚBLICAS

Iniciamos o presente estudo avaliando os aspectos relativos às políticas públicas, seu conceito, características e correlações com os direitos fundamentais, os direitos sociais (e a visão de sociais fundamentais) e uma tentativa de análise do que é o mínimo existencial. Muito se fala de políticas públicas, mas poucos se demonstra a dificuldade e toda o manancial material e humano que é necessário para a consecução das políticas. O que parece ser muito fácil, fruto de uma decisão de um gestor, verificou-se ser algo extremamente complexo.

1.1 Aspectos iniciais e conceito de políticas públicas

O estudo das políticas públicas é recente, principalmente se comparado aos estudos realizados na esfera das ciências jurídicas. Conforme grande parte da doutrina¹, a análise das políticas públicas e sua própria denominação surgiram em 1951 com Harold Lasswell, no livro *The policy sciences*, mais especificamente no artigo *The policy orientation*.

Nos Estados Unidos as políticas públicas começaram a ser estudadas dentro da Ciência Política, sem relação com o Direito, mais especificamente sobre o processo de tomada de decisão dos administradores sobre a política pública, cabendo a Dworkin, no final da década de 70 do século passado, a visão de que as políticas públicas estariam afeitas também ao Direito, ao incluir política (*policies*) dentro da teoria do Direito, ao lado das regras e dos princípios.² Nessa visão, “política pública é uma categoria nova, uma espécie normativa nova, além dos princípios e regras já reconhecidos há mais tempo como categorias normativas”, em que pese à existência de entendimentos contrários pela doutrina.³

Entre as diversas concepções e conceitos sobre o tema também se encontra a utilização da palavra “política” para apresentar as escolhas realizadas tanto na esfera pública (como o “fazer política” e as políticas governamentais) como no seio da vida privada (por exemplo, a

¹ Cf. SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2015. p. XI. SUBIRATS, Joan; KNOEPFEL, Peter; LARRUE, Corinne; VARONNE, Frederic. **Análisis y gestión de políticas públicas**. Barcelona: Editorial Ariel, 2008. p. 20. DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas públicas**: princípios, propósitos e processos. São Paulo: Atlas, 2012. p. 10. VILLANUEVA, Luis F. Aguilar. **El Estudio de las políticas públicas**. San Angel: Miguel Ángel Porrúa, 1992. p. 39.

² SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade jurídica das políticas públicas: a efetivação da cidadania. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 4-7.

³ *Ibidem*, p. 8.

“política de boa vizinhança”), descolando o conceito de política de seu sentido coloquial, de “partidarismo” ou “corrupção”.⁴

A política possui relação muito próxima com o Direito, na medida em que, conforme Barroso, Direito é política, pois:

a) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e as leis; b) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos [...]⁵

O direito positivado se caracteriza por ser uma construção com base em decisões resultantes de uma ampla discussão, sendo essa realizada em uma arena política, mas não no sentido estrito de existir um parlamento. Direito não é política no sentido de se perpetuarem “escolhas particulares, livres, interessadas, tendenciosas, de discricionariedade plena, com o intuito de agradar um ou outro grupo”.⁶ Dessa forma, a criação dos direitos é fruto das políticas, da visão dos participantes da sociedade. A aplicação do direito não deve ser deslocada da visão da política.

Todavia, deve-se diferenciar as expressões caracterizadoras de “política”: *polity*, *politics* e *policy*, tendo em vista que nas línguas latinas todos os termos acabam por ser traduzidos para o vernáculo “política”⁷:

Polity nos dá a dimensão institucional das políticas públicas, termo empregado para designar as instituições políticas; refere-se à ordem do sistema político, desenhada pelo sistema jurídico e à estrutura do sistema jurídico-administrativo (de como o poder está organizado e como é exercido no interior da ordem política). Não se deve esquecer que todos os componentes dessa dimensão são mutáveis ao longo do tempo, seja pela alteração do quadro político (eleições, etc.), seja pela própria mudança social.⁸ Com relação às *politics*, essa é a dimensão

⁴ LERNER, Daniel; LASWELL, Harold D. **The policy sciences**: recent developments in scope and method. Stanford: Stanford University Press, 1951. p. 5.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista (Syn)thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. p. 29. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

⁶ BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional das políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013. p. 37.

⁷ Tal confusão, como dito, ocorre nas línguas latinas e não somente para a tradução em português. No caso da língua espanhola, tal ponto é destacado por Guillaume Fontaine e Fernando Martín Jaime. FONTAINE, Guillaume. **El análisis de políticas públicas**: conceptos, teorías y métodos. Barcelona: Anthropos Editorial; Quito: FLACSO, 2015. p. 31. JAIME, Fernando Martín Jaime et al. **Introducción al análisis de políticas públicas**. Florencio Varela: Universidad Nacional Arturo Jauretche, 2013. p. 56.

⁸ JAIME, Fernando Martín Jaime [et.al.]. **Introducción ai análisis de políticas públicas**. 1ª ed. -Florencio Varela : Universidad Nacional Arturo Jauretche, 2013. 240 p. p. 57. SANSON, Alexandre. Os grupos de pressão e a consecução das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins [Org.]. **O direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 124. SAAD, Amauri Feres. **Regime jurídico das políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2016. 256 p. p. 41. FREY, Klaus.

procedimental, ou processo político: é a atividade política competitiva em sentido amplo, e as interações entre as diversas instituições; esse é o sentido mais coloquial da palavra, a que mais é associada com o conceito de política.⁹ Por fim, *policy* é a dimensão material, da qual se retira o objetivo de estudo das políticas públicas. Diz respeito aos conteúdos concretos das atividades, programas e decisões de governo para a resolução dos problemas e anseios sociais, do produto da atividade política (*politics*) e do arranjo institucional (*polity*) que têm lugar nas instituições de Estado.¹⁰ Em sentido mais amplo, são os princípios gerais pelos quais um governo determina suas ações ou relacionamentos com os administrados.¹¹

Para exemplificar cada um dos referidos conceitos, é possível valer-se da alteração legislativa e da atuação social ocorrida quando da discussão e aprovação da Lei Maria da Penha: após a discussão política, houve a aprovação do normativo (área política: *politics*). Tendo em vista esta base legal, o Governo alterou seus programas e passou a ter uma atuação mais voltada à proteção da violência doméstica (suporte para as vítimas: *Policy*), incorporando em sua estrutura institucional todo um aparato – tal como as Secretarias para Mulheres (*polity*).

O conceito de políticas públicas não é “unísono, podendo variar conforme a orientação científica ou analítica de quem o estabelece”¹² e cada um deles “destaca elementos e aspectos distintos ou elementos que a compõe”.¹³ O termo “políticas públicas” refere-se a institutos diversos, e é transversal a diversas áreas,¹⁴ matéria de permeabilidade interdisciplinar, cujo estudo perpassa distintos campos do conhecimento, sendo de interesse de juristas, cientistas sociais, políticos, economistas e administradores.¹⁵ Salienta-se que há inclusive divergências

Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. **Planejamento e Políticas Públicas**, Brasília, n. 21, p. 211-259, jun. 2000. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/89>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

⁹ DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas públicas:** princípios, propósitos e processos. São Paulo: Atlas, 2012. p. 2. JAIME et al., op. cit., p. 57. COUTO, Cláudio Gonçalves. Política constitucional, política competitiva e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci (Org.). **Políticas públicas:** reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 98.

¹⁰ JAIME, Fernando Martín Jaime [et.al.]. **Introducción ai análisis de políticas públicas**. 1ª ed. -Florencio Varela : Universidad Nacional Arturo Jauretche, 2013. 240 p. p. 57. SUBIRATS, Joan. **Análisis de políticas publicas y eficacia de la administracion**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1989. p. 40. SAAD, Amauri Feres. **Regime jurídico das políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2016. 256 p. p. 41. BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci (Org.). **Políticas públicas:** reflexões sobre o conceito jurídico. - São Paulo: Saraiva, 2006. p. 11.

¹¹ BLACK'S LAW DICTIONARY. Ninth Edition. St. Paul: Tomson Reuters, 2009.

¹² CAMPELLO, Ricardo Urquizas; BENINE, Renato Jaqueta. Políticas públicas: análises sobre as suas providências. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 85.

¹³ Tradução livre do original: “Cada una de ellas destaca distintos aspectos o elementos que la componen” (JAIME et al., op. cit., p. 57).

¹⁴ SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas:** conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2015. p. 12.

¹⁵ CAMPELLO; BENINE, op. cit., p. 85.

sobre se é cabível um conceito jurídico de políticas públicas¹⁶, pois “a análise do conceito de política pública jamais poderá, em si, conter uma observação meramente jurídica”,¹⁷ destacando, na mesma senda, a doutrina de Thiago Lima Breus, segundo o qual as políticas públicas “não possuem uma raiz ontologicamente jurídica”.¹⁸

Tamanha é a complexidade do termo que se pode considerar árdua a tentativa de se atribuir um conceito de políticas públicas que tenha “alto grau de funcionalidade e que seja dotado de rigor técnico”,¹⁹ por conta da “multiplicidade de elementos associados à expressão política pública”.²⁰ Todavia, alerta Caroline Müller Bitencourt que se deve evitar a simplificação do conceito de política pública:

Há quem simplifique o conceito de política pública como todos os atos legislativos e administrativos necessários à satisfação, realização dos direitos fundamentais sociais, pois esses poderes, no âmbito de suas competências, possuem como dever constitucional a sua promoção e efetividade, que vai além da esfera formal.²¹

Analisando diversos conceitos, Stella Z. Theodoulou afirma ter mais utilidade a apresentação das dimensões e elementos do que avaliar o conceito, resultando tal análise na conclusão de que as políticas públicas mais comumente compreendem: (i) o que os governos possuem intenção de realizar e as próprias realizações, englobando, também, as omissões estatais; (ii) a forma como problemas são determinados, elaborados e inseridos nas agendas políticas – no sentido de discussão entre os atores²² e de ações e programas; (iii) a participação

¹⁶ Conforme Maria Paula Dallari Bucci: “é plausível considerar que não haja um conceito jurídico de políticas públicas. Há apenas um conceito de que se servem os juristas (e os não juristas) como guia para o entendimento das políticas públicas e o trabalho nesse campo”. BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 47. Thomas Dye desencoraja a busca acadêmica de um conceito de políticas públicas. DYE, Thomas D. **Understanding Public Policy**. 13 ed. Boston (etc.): Longman, 2011. p. 8 (Nota 1).

¹⁷ BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional das políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013. 368p. p. 44.

¹⁸ BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. 287p. p. 218.

¹⁹ SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006. 194p. p. 80.

²⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para um conceito jurídico das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 26. A autora também entende que a conceituação de políticas públicas somente pode ser especulativa, tendo em vista a polissemia do termo (BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002).

²¹ BITENCOURT, op. cit., p. 52.

²² “Na literatura das ciências políticas, os atores são aqueles indivíduos, grupos ou organizações que desempenham um papel na arena política. Os atores relevantes em um processo de política pública são aqueles que têm capacidade de influenciar, direta ou indiretamente, o conteúdo e os resultados da política pública” (SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2ª. ed - São Paulo: Cengage Learning, 2015. p. 99).

de todos os níveis de governo, não se restringindo somente aos atores formais; (iv) ordens executivas para a consecução das políticas e não meramente a criação de normativos; (v) a busca por uma meta, um objetivo; e (vi) negociação, formulação, implementação, execução e avaliação (aqui já se tem uma ideia de ciclo das políticas públicas, o que será estudado no próximo item).²³

A partir de estudos doutrinários, Felipe de Melo Fonte afirma que no âmbito jurídico os autores “tratam as políticas públicas como meios para a efetivação de direitos de cunho prestacional pelo Estado (objetivos sociais em sentido lato), sem embargo de sua importância para a efetivação de direitos não fundamentais”.²⁴ De acordo com o autor, pode-se distinguir grupos de doutrinadores de acordo com a definição que adotam, argumentando que “há autores que trabalham com o termo abdicando da tentativa de formular explicitamente uma definição”. Existe mesmo quem critique a expressão, afirmando tratar-se de redundância, já que “a política é essencialmente pública”.²⁵

Feitas tais advertências e tomando-se como premissa o alerta de Bitencourt (não simplificar o conceito), far-se-á uma análise de diversos conceitos de políticas públicas, tentando averiguar pensamentos em comum na doutrina. Temos desde os pensamentos mais simples, como o de Dye²⁶, até doutrinadores que aprimoram o conceito ao longo do tempo, como Maria Paula Dallari Bucci, cujo entendimento é:

[...] políticas públicas é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.²⁷

Para Patrícia Helena Massa-Arzabe, “as políticas públicas são conjuntos de ações e programas de ação governamental que se valem precipuamente de normas jurídicas para moldar

²³ THEODOULOU, Stella Z. The contemporary language of public policy: starting to understand. In: THEODOULOU, Stella Z.; CAHN, Matthew A. **Public policy: the essential readings**. 2. ed. Pearson Education, 2013. p. 3.

²⁴ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 48.

²⁵ Ibidem, p. 49.

²⁶ “Public policy is whatever governments choose to do or not to do” (DYE, Thomas D. **Understanding Public Policy**. 13 ed. Boston (etc.): Longman, 2011. p. 1).

²⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39. Em momento anterior a autora havia conceituado políticas públicas como “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”. BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241.

e impulsionar a consecução dos objetivos estabelecidos”,²⁸ entendendo-as no mesmo sentido Cristiane Derani.²⁹

Felipe de Melo Fonte, após a análise dos diversos conceitos, conforme acima exposto, entendeu que “políticas públicas compreendem o conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração Pública” e, posto desta forma, “a política pública pode ser decomposta em normas abstratas de direito [...], atos administrativos [...], a habilitação orçamentária para o exercício do dispêndio público e os fatos administrativos propriamente ditos”.³⁰

Para Joan Subirats *et al.*, trata-se de ações ou decisões intencionalmente coerentes de diversos atores, cujos recursos, nexos institucionais e interesses buscam solucionar os efeitos negativos de um problema sentido por um grupo de pessoas, desde que tais ações ou decisões venham a modificar o *status quo* objeto da política pública.³¹ Os mesmos autores indicam que políticas públicas fazem “[...] referência às interações, alianças e conflitos em um marco institucional específico entre os diversos atores públicos, parapúblicos e privados, para resolver um problema coletivo que requeira uma ação articulada.”³² Da análise dos dois conceitos, resta explícito que a resolução dos problemas através das políticas públicas é o motivo da própria existência destas.

Fernando Aith traz um conceito voltado à consecução dos dispositivos constitucionais quando afirma que “considera-se política pública a atividade estatal de elaboração, planejamento, execução e financiamento de ações voltadas à consolidação do Estado Democrático de Direito e a promoção e proteção dos direitos humanos”.³³ Todavia, tal conceito pode prejudicar uma diferenciação entre políticas públicas de Estado e de Governo, objeto de estudo mais além.

²⁸ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 67.

²⁹ “[...] política pública é um conjunto de ações coordenadas pelos entes estatais, em grande parte por eles realizadas, destinadas a alterar as relações sociais existentes. Como prática estatal, surge e se cristaliza por norma jurídica. A política pública é composta de ações estatais e decisões administrativas competentes” (DERANI, Cristiane. Política pública e a norma política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 135).

³⁰ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015., p. 57.

³¹ SUBIRATS, Joan; KNOEPFEL, Peter; LARRUE, Corinne; VARONNE, Frederic. **Análisis y gestión de políticas públicas**. Barcelona: Editorial Ariel, 2008. p. 36.

³² Ibidem, p. 35. Tradução livre do original: “referencia por tanto, a Las interacciones, alianzas y conflictos, en un marco institucional específico entre los diferentes actores públicos, parapúblicos y privados, para resolver un problema colectivo que requiere de una acción concertada”.

³³ AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 232.

Para Leonardo Secchi, as políticas públicas “tratam do conteúdo concreto e simbólico de decisões políticas, e do processo de construção e atuação dessas decisões”.³⁴ Com base no conceito, existem dois elementos fundamentais dentro das políticas públicas, uma intencionalidade, um *animus* arraçoado para o estabelecimento de tal política. Em suma, a vontade do Administrador e, ainda, a resposta a um problema público, a necessidade da sociedade, dos administrados, uma resposta aos reclames e não mera “intenção”.³⁵

Na visão de Reinaldo Dias e Fernanda Matos:

[...] podemos entender política pública como um instrumento de trabalho utilizado pelo Estado, de forma sistemática e coerente, com o qual se pretende alcançar determinados objetivos que são de interesse comum da toda a sociedade civil. Ou, ainda, podemos entender políticas públicas como propostas articuladas que orientam as decisões de um governo para atingir um objetivo determinado.³⁶

Como já foi exposto, o conceito de políticas públicas é muito amplo e tal caráter pode ser verificado nesta definição de Antônio Eduardo de Noronha Amabile:

Políticas públicas são decisões que envolvem questões de ordem pública com abrangência ampla e que visam à satisfação do interesse de uma coletividade. Podem também ser compreendidas como estratégias de atuação pública, estruturadas por meio de um processo decisório composto de variáveis complexas que impactam na realidade. São de responsabilidade da autoridade formal legalmente constituída para promovê-las, mas tal encargo vem sendo cada vez mais compartilhado com a sociedade civil por meio do desenvolvimento de variados mecanismos de participação no processo decisório.

As políticas públicas são a concretização da ação governamental. Consideram atores formais e informais num curso de ação intencional que visa ao alcance de determinado objetivo. Podem ser constituídas com uma função distributiva, redistributiva ou regulatória e inspiram o constante debate sobre a modernização do Estado e, por isso, estão contemporaneamente se fundando mais em estruturas de incentivos e menos em estruturas de gastos governamentais.³⁷

De acordo com esse ponto de vista, as políticas públicas manifestam-se de forma complexa, podendo ser através de projetos, de legislações, de ações do Poder Público ou do próprio programa de governo do Administrador Público.

B. Guy Peters apresenta uma visão nem tão simples como a de Dye e nem tão completa quanto as demais apresentadas. Porém, ao enfrentá-la, acaba por alargar o espectro. Inicia o

³⁴ SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2015. p. 1.

³⁵ Ibidem, p. 2.

³⁶ DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas públicas**: princípios, propósitos e processos. São Paulo: Atlas, 2012. p. 135.

³⁷ CASTRO, Carmem Lúcia Freitas de; AMABILE, Antônio Eduardo de Noronha; GONTIJO, Cynthia Rúbia Braga (Orgs.). **Dicionário de políticas públicas**. Barbacena: EdUEMG, 2012. p. 390. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/13076>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

autor afirmando que políticas públicas são a soma das atividades governamentais, realizadas diretamente ou através de terceiros (como no caso de concessões de serviços públicos), uma vez que essas atividades impactam na vida dos cidadãos. Após, afirma que se pode distinguir 03 (três) níveis separados de políticas públicas: o primeiro nível é o das escolhas políticas, realizadas por políticos, autoridades e servidores públicos que tenham competência para afetar a vida dos cidadãos; o segundo nível é o dos *outputs* das políticas, isto é, as escolhas políticas sendo colocadas em prática (normas, dispêndios financeiros, dentre outras); e, por último, o dos impactos das políticas, que são os efeitos que os dois níveis anteriores geram nos cidadãos, fazendo-os “mais ricos ou mais saudáveis”.³⁸

Destaca-se, a partir dos conceitos, que a política pública “é um modo de agir (adjetivo) e não um conteúdo do agir (substantivo)”.³⁹ Sendo uma ação (agir), conseqüentemente haverá sempre uma ação governamental, como frisado nos conceitos. A política pública é, então, um ato comissivo do Estado, uma intervenção no seio social. Como ação, deve-se vislumbrar a política pública como o Estado em movimento, uma atuação contínua do Estado, pois sempre haverá itens a melhorar, em uma constante evolução social,⁴⁰ ou problemas a serem solucionados na sociedade (sejam esses problemas naturais – epidemias, desastres naturais – ou causados pela própria sociedade – insegurança, crises financeiras). Essa melhoria contínua é aludida por Massa-Arzabe, quando indica que as políticas públicas, no mesmo sentido dos “mais ricos ou mais saudáveis” de B. Guy Peters, abre espaço para o aumento da qualidade de vida da população e para a “consecução do ideal de vida boa [*good life*] para as pessoas em dada sociedade”.⁴¹

Para se firmar um conceito de políticas públicas, considerar-se-á como o programa formulado e desenvolvido pela Administração Pública, constituído de ações e omissões resultantes de um processo desenvolvido conforme o sistema jurídico, que buscam atender às finalidades do Estado, manejando de forma eficaz, eficiente e efetiva, os meios disponíveis, para o progresso da sociedade.

³⁸ PETERS, B. Guy. **American Public Policy**: promise and performance. 6ª ed. Washington: CQ Press: 2004. p. 4.

³⁹ SAAD, Amauri Feres. **Regime jurídico das políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2016. 256 p. p. 119.

⁴⁰ Conforme Lerner e Laswell, “a ênfase fundamental da questão política, portanto, é acerca dos problemas fundamentais do homem na sociedade, ao invés dos problemas atuais”. Tradução livre do original: “the basic emphasis of the policy approach, therefore, is upon the fundamental problems of man in society, rather than upon the topical issues of the moment” (LERNER, Daniel; LASWELL, Harold D. **The policy sciences**: recent developments in scope and method. Stanford: Stanford University Press, 1951. p. 8).

⁴¹ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das Políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 54.

Exposto o conceito, desvela-se a opção doutrinária do conceito e das expressões. Somente será pública a política que for formulada e desenvolvida pela Administração Pública. Políticas de bem-estar social da iniciativa privada não serão consideradas. O desenvolvimento da política, apesar da participação de terceiros, externos à Administração Pública é por ela capitaneado, formulado e, também, desenvolvido (mesmo com eventual concessão/permissão/autorização para terceiros, mas tais são de competência da Administração). A escolha do termo “Administração Pública” é para destacar o critério subjetivo das políticas públicas, e não se optou por “estatal” ou “governamental” para não haver confusão com políticas públicas de Estado e de Governo (serão apresentadas adiante), visto que ambas são realizadas pela Administração Pública. Ações e omissões estão sublinhadas pois não somente intervenções são realizada por políticas públicas, pela administração, na sociedade. Em alguns casos, a política pública é justamente não intervir, ser omisso e deixar a sociedade tomar as próprias decisões.⁴² Devem ser realizadas de acordo com o determinado no ordenamento jurídico para garantir a legalidade e ir ao encontro das finalidades do Estado, não somente as constitucionais, mas as da própria existência do Estado. A necessidade de se obter eficácia, eficiência e efetividade se depreende da essência de se visar ao progresso social em todos os atos. A eleição do termo “social” é realizada para clarificar, no caso brasileiro, a progressão no *locus* nacional, estadual e municipal.

Para que se entenda a real abrangência de políticas públicas, registra-se que ela está “situada em uma rede de interações cada vez mais complexa, múltipla e sobreposta, incorporada em uma política e economia transnacional e subnacional”.⁴³ E tal fato não é por conta do mundo globalizado dos tempos modernos. Em 1951, Daniel Lerner e Harold D. Laswell alertavam que “a perspectiva de uma ciência orientada à política é global desde que as pessoas do mundo constituíram uma comunidade”.⁴⁴ Assim, já na década de 50 vislumbrava-se que a população mundial constituía uma comunidade (talvez inspirados pelo movimento de defesa dos Direitos Humanos). Hoje, com o mundo globalizado, tal fato poderia nem ser mencionado, pois é senso comum para as pessoas que atualmente o impacto de qualquer política pública não é só local, mas, pelos relacionamentos entre as pessoas e nações, ou na economia, tem impacto global.

⁴² Exemplo de omissão foi a opção do Banco Central do Brasil de abandonar a política econômica cambial de bandas cambiais, na qual era realizado o controle interventivo da taxa de câmbio para a política de câmbio flutuante, com intervenção, mas sem controle e estabelecimento da taxa de câmbio.

⁴³ KENNETT, Patricia. **Governance, globalization and public policy**. Cheltenham: Edward Elgar, 2008. p. 3. Tradução livre do original: “located within an increasingly complex, multiple and overlapping network of interactions which are embedded in a transnational and subnational polity and economy”.

⁴⁴ LERNER, Daniel; LASWELL, Harold D. **The policy sciences: recent developments in scope and method**. Stanford: Stanford University Press, 1951. p. 11. Tradução livre do original: “the perspective of a policy-oriented science is world-wide, since the peoples of the world constitute a community”.

As políticas públicas são conhecidas pela população em geral por seu suporte normativo, e pelos atos que acabam trazendo do mundo jurídico para o mundo fático. Isso é feito através dos meios de comunicação, imprensa oficial, divulgação nas próprias comunidades (por exemplo, através dos agentes comunitários de saúde). Elas compreendem “ações e programas para dar efetividade aos comandos gerais impostos pela ordem jurídica que necessitam da ação estatal”.⁴⁵ Nessa linha, Daniel Silva Passos entende que “sob um enfoque analítico, poder-se-ia dizer que as políticas públicas são um conjunto de normas e atos unificado por sua finalidade”.⁴⁶

Como visto nos conceitos, as políticas públicas têm uma função interventiva na sociedade, seja na relação entre Estado e particular, seja nas relações entre particulares (como toda a disposição da política nacional de proteção ao consumidor).

Wilson Donizeti Liberati afirma que o Estado somente estabelecerá “políticas públicas se forem destinadas a realizar o bem supremo da felicidade e realização integral do homem”.⁴⁷ As ações e os suportes legais, para o autor, existiriam para o alcance aristotélico da política: objetivam a felicidade do homem.

Esse também é o entendimento dos autores do *The federalist papers*, importante documento do processo constitucional norte-americano, publicado em 1788, segundo os quais “um bom governo implica duas coisas: primeiro, fidelidade ao seu objetivo, que é a felicidade do povo; em segundo lugar, um conhecimento da forma que esse objetivo possa ser melhor alcançado”.⁴⁸

O Estado, como garantidor de direitos e prestador de serviços aos seus tutelados, necessita de uma estrutura para a consecução de tais objetivos. Essa estrutura envolve, além de toda questão física (prédios, recursos financeiros, etc.), diversos atores que possam participar direta ou indiretamente das ações estatais. São eles os próprios cidadãos, o funcionalismo estatal, as organizações e as instituições, os movimentos sociais, a mídia e todos os demais sujeitos que possam influenciar as decisões do Estado. Essa intensa participação deve-se ao fato de a atividade estatal “apontar sua atividade para a satisfação das necessidades e direitos das pessoas”, representando as políticas públicas “a coordenação dos meios colocados à disposição

⁴⁵ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 53.

⁴⁶ PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas políticas públicas**: o problema da legitimidade. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 58.

⁴⁷ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 76.

⁴⁸ THE FEDERALIST nº 62. National Archives. Founders Online. Disponível em: <<https://founders.archives.gov/documents/Hamilton/01-04-02-0212>>. Acesso em: 21 set. 2017. Tradução livre do original: “A good government implies two things; first, fidelity to the object of government, which is the happiness of the people; secondly, a knowledge of the means by which that object can be best attained”.

do Estado, de forma a harmonizar as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.⁴⁹ Conforme entendimento doutrinário, a omissão do Estado na proteção dos direitos fundamentais levaria à própria negação do Estado.⁵⁰

Desse modo, as políticas públicas se constituiriam dos seguintes elementos: (i) solução de um problema público, reconhecido como tal – o que será explicado adiante na identificação do problema e formação da agenda; (ii) existência de grupos destinatários das políticas, que serão afetados, terão seus “problemas solucionados” ou melhorias nas suas condições de vida; (iii) coerência da política, pois é preciso ter uma “certa base conceitual de partida” para se implementar a política; (iv) a existência de diversas decisões e atividades; (v) intervenções fáticas, posto que se as políticas desejam alterar um *status quo*, é necessária a atuação concreta e individualizada; (vi) papel-chave dos atores públicos, tendo em vista que é competência do Estado primordialmente executar as políticas públicas; (vii) existência de atos formais, que podem ser regulamentares ou podem determinar uma prestação, em consonância com o princípio da legalidade; e (ix) natureza cogente das decisões e atividades estatais, fator que, tendo em vista a diversificação dos meios de ação e decisão das políticas públicas, acaba por ser mitigado, sendo mais uma exceção do que uma regra.⁵¹

Com relação às classificações das políticas públicas, conforme Secchi, existe uma diversidade de tipos. Theodore J. Low utiliza um critério baseado no impacto na sociedade, referindo que as políticas são regulatórias, distributivas, redistributivas e constitutivas. James Quinn Wilson “adotou critério de distribuição dos custos e benefícios da política pública na sociedade”, sendo essas de tipo clientelista, de grupo de interesses, empreendedoras e políticas majoritárias. Gormley fala da capacidade de a política afetar o público e da *expertise* para sua formulação e implementação, sendo essas de sala operatória, de audiência, de sala de reuniões e de baixo escalão. Gustafsson, com base no *know-how* e na intenção dos *policymakers*, indica a existência de políticas reais, simbólicas, pseudopolíticas e política sem sentido. Bozeman e Pandey subdividem as políticas públicas em conteúdo essencialmente político e conteúdo técnico.⁵² Para Dias e Matos, as políticas públicas podem ser de diferentes tipos, citando a política social (saúde, educação, habitação, previdência social), a macroeconômica (como a

⁴⁹ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 82-90.

⁵⁰ Ibidem, p. 82-97.

⁵¹ SUBIRATS, Joan; KNOEPFEL, Peter; LARRUE, Corinne; VARONNE, Frederic. **Análisis y gestión de políticas públicas**. Barcelona: Editorial Ariel, 2008. p. 38-40.

⁵² SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2ª. ed - São Paulo: Cengage Learning, 2015. p. 25-31.

política fiscal, cambial, econômica setorial), a política administrativa (como, por exemplo, a criação de conselhos que possibilitem a participação social e estimulem a transparência) e a específica ou setorial (com atuação em nichos específicos, excluídos os econômicos, como meio ambiente, cultura, agrária, direitos humanos, etc.).⁵³

Também as políticas públicas podem ser de Estado ou de governo. Com relação às políticas públicas de Estado, a doutrina possui dois vieses. O primeiro é com relação à estrutura nacional, isto é, organização e manutenção das estruturas do Estado, as quais não há possibilidade de se extinguir.⁵⁴ É nessa linha a lição de Aith, no sentido de que políticas públicas de Estado visam à “consolidação institucional da organização política do Estado, a consolidação do Estado Democrático de Direito e a garantia da soberania nacional e da ordem pública”.⁵⁵ O segundo ponto de vista considera as políticas que focam nas atividades essenciais do Estado – no caso brasileiro, as que o Estado constitucionalmente garantiu.⁵⁶ São as voltadas ao interesse geral da população e não de um grupo específico com dificuldades (por exemplo, as famílias em condição de pobreza extrema),⁵⁷ como a manutenção do Estado Democrático de Direito e aquelas que são realizadas exclusivamente pelo Estado e tenham como finalidade atividades essenciais do Estado.⁵⁸ Citam-se, como exemplo, políticas para “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, a estruturação do SUS e as políticas de segurança pública. Destaca-se que as políticas públicas de Estado não possuem caráter de momentaneidade, dizendo-se que são de longo prazo (e, por que não dizer, são perpétuas, porque, salvo em regimes anárquicos, deverão sempre existir). Conforme Bitencourt, nas políticas públicas de Estado “pode-se pensar em não retrocesso”.⁵⁹ Isso se deve ao fato de que não pode o governo desprezar os fundamentos da República ou deixar de perseguir os objetivos fundamentais, nem pode desconsiderar a estrutura e organização brasileira. Essa vedação ao retrocesso, no caso das políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais, tem base no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal. Por fim, “políticas constitucionalizadas seriam

⁵³ DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas públicas**: princípios, propósitos e processos. São Paulo: Atlas, 2012. p. 17.

⁵⁴ BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional das políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013. 368p. p. 136-137.

⁵⁵ AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. - São Paulo: Saraiva, 2006. p. 235-237.

⁵⁶ Ibidem, loc. cit.

⁵⁷ SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2ª. ed - São Paulo: Cengage Learning, 2015. p. 5.

⁵⁸ AITH, op. cit., loc. cit.

⁵⁹ BITENCOURT, op. cit., p. 180.

com certeza políticas de Estado, enquanto as políticas meramente legisladas seriam provavelmente políticas de Estado e as políticas com suportes infralegais seriam políticas de governo”.⁶⁰ Tal entendimento corrobora as já citadas palavras de Hesse de que “embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas”, e tais tarefas são a instituição de políticas públicas de Estado.⁶¹

Por outro lado, as políticas públicas de governo possuiriam um viés de transitoriedade (mas podem vir a se transformar em de Estado), pois é possível que, a critério do grupo governante, deixem de ser necessárias no futuro.⁶² Isso demonstra um caráter voltado ao grupo político estabelecido no governo em um determinado período de tempo, do projeto de governo dos agentes políticos.

Bucci entende que políticas de Governo são “os programas de ação governamental em sentido próprio”.⁶³ Ousa-se discordar de tal assertiva: se considerarmos as políticas de segurança pública como de Estado, existiriam ações governamentais dentro das políticas de Estado. A afirmação da autora deve basear-se no entendimento de que as políticas de governo “se realizam como partes de um programa maior”,⁶⁴ que seriam, no caso, as de Estado.

Há ainda autores que entendem que a consecução de objetivos constitucionais se encontra no âmbito das políticas públicas de governo. É o caso de Bitencourt, que enfatiza a flexibilidade das políticas de governo e a utilização, para sua consecução, das estruturas já existentes (determinadas, como visto, por políticas públicas de Estado).⁶⁵

Para Aith, as políticas de Governo, ao contrário das de Estado, têm como destinatários grupos específicos de indivíduos e, quanto à execução, podem ser objeto de delegação ou terceirização (as de Estado devem ser executadas diretamente por ele).⁶⁶ Em suma, como é referido pelo autor, a diferenciação entre políticas públicas de Estado e de Governo é feito com base em três fatores: i) os objetivos da política pública; (ii) a forma de elaboração, planejamento e execução da política pública; (iii) a forma de financiamento da política pública”.⁶⁷

⁶⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. - São Paulo: Saraiva, 2006. p. 19.

⁶¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. (Título original: Die Normative Kraft der Verfassung). p. 18.

⁶² BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional das políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013. 368p. p. 180.

⁶³ BUCCI, op. cit., loc. cit.

⁶⁴ Ibidem, loc. cit.

⁶⁵ BITENCOURT, op. cit., p. 137.

⁶⁶ AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. - São Paulo: Saraiva, 2006., p. 235-238.

⁶⁷ Ibidem, p. 235.

Para finalizar o tópico, destaca-se excerto da doutrina de Massa-Arzabe:

A Constituição, evidentemente, refere de maneira genérica às políticas públicas. Encontramos, também, referências com maior precisão, especificando a observância de diretrizes e objetivos, como no caso da política de desenvolvimento, que, de acordo com o que dispõe o art. 182 da CF, deve ser executada pelo Poder Público municipal. Outro exemplo é encontrado no art. 196. A legislação infraconstitucional, por sua vez, parece ter consagrado uma certa ordem na positivação de políticas sociais, encontrando-se em vários textos normativos a especificação de elementos bem definidos, a saber, (a) a finalidade da política, (b) seus princípios reitores, (c) as diretrizes, (d) a forma de organização e gestão, (e) as ações governamentais, com atribuição de deveres e competências, e (f) a identificação das fontes de recursos financeiros”.⁶⁸

Dessa forma, e utilizando-se do trecho final da citação, passa-se à análise de como são formuladas as políticas públicas.

1.2 Formulação e ciclo das políticas públicas

A formação das políticas públicas é uma resposta do Estado às demandas sociais, comprometendo-se, publicamente, através dos instrumentos de planejamento e execução das políticas, a realizar determinada ação em certas áreas, no curto, médio e longo prazo. A criação de políticas públicas implica a identificação de diversos agentes/atores e dos interesses envolvidos na agenda pública para, depois, regulamentá-la.⁶⁹

Sendo uma resposta aos problemas sociais, é necessária a articulação da sociedade, que deve manifestar ao Poder Público os seus reclames. Assim como as pessoas devem obedecer às leis, não só pela sua imperatividade, mas por participarem de sua elaboração, elas devem, também, entender e respeitar a opção dos Administradores Públicos, tendo em vista que fazem parte da formulação das políticas públicas. Aqui, a sociedade não é somente receptora das políticas públicas, mas sim instrumento ativo para a definição dessas.

Uma política pública possui ciclo, que passa pela sua concepção e vai até a retroalimentação e/ou extinção. Antes de analisar cada uma das etapas do ciclo, são necessárias algumas observações iniciais.

No Estado brasileiro, em termos de competências de políticas públicas, essas seguem a divisão constitucionalmente instituída. A União trata de política externa (até por conta de os

⁶⁸ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das Políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. - São Paulo: Saraiva, 2006 p. 64.

⁶⁹ CUNHA, Edite da Penha. Políticas públicas sociais. In: CARVALHO, Alysson. (Org.). **Políticas públicas**. Belo Horizonte: UFMG, 2008. p. 12-15.

outros entes federativos não terem personalidade jurídica internacional), defesa da soberania, segurança nacional, o que se denomina *high politics* (alta política ou de primeiro nível); já os Estados e Municípios ocupam-se das políticas de segundo nível, também denominadas de *low politics* ou baixa política, incluindo temas como meio ambiente, turismo e saúde em termos locais.⁷⁰ Assim, em muitas passagens, a Constituição Federal nomina o ente que deverá implantar a política pública.⁷¹ Exemplo dessa segregação é o art. 182, *caput* da Constituição Federal: (“A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”). De um simples vislumbre da Constituição, extrai-se que “quando o Estado operar sobre o discurso de políticas públicas, o fará através do Poder Legislativo ou Executivo”.⁷²

Repisa-se que a política pública é interdisciplinar na sua formulação: não devem entrar critérios somente jurídicos ou dela participar apenas juristas, mas sim uma equipe composta por pessoas ou instituições com experiência nas mais diversas áreas.

Com isso, reforça-se o entendimento de que é difícil um conceito jurídico das políticas públicas, pois não há como as políticas públicas serem afeitas apenas ao Direito, mas sim ao Direito, Administração, Economia, Ciências Sociais, etc. Isso corrobora a visão dos doutrinadores, como já referido, de que o conceito é muito difícil e dependerá muito da visão do intérprete. De outra forma, é um produto de um sistema existente, de atores de diversas áreas, como atores sociais, econômicos e políticos, sendo considerada a capacidade financeira do Estado.⁷³ Esse é outro aspecto das políticas públicas: a necessidade de se administrar os problemas sociais e obter uma maximização do bem-estar da população. “Nossa riqueza é limitada, e nosso tempo também”, motivo pelo qual “não podemos estar em vários lugares ao mesmo tempo”, devendo escolher-se uma opção que, por óbvio, implicará a renúncia a outras opções.⁷⁴ Isso tem base em um dos pilares da Ciência Econômica, em que “há recursos escassos para necessidades ilimitadas, e achar a medida de alocação desses recursos para maximizar a

⁷⁰ Apesar de tratar-se de *high e low politics*, isto é, de política enquanto atividade, a consequência é que a partir dessa ocorram as *policies*.

⁷¹ DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas públicas: princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 30.

⁷² BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional das políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013. 368p. p. 72.

⁷³ FONTAINE, Guillaume. **El análisis de políticas públicas: conceptos, teorías y métodos**. Barcelona: Anthropos Editorial: Quito: FLACSO, 2015. 192p. p. 28.

⁷⁴ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do Direito**. Trad. de Rachei Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 25.

satisfação dessas necessidades é a grande questão”,⁷⁵ e disso tratam também as políticas públicas. Portanto, trabalhar com políticas públicas, sua formulação e seu desenvolvimento implica “gerir com equilíbrio e ponderação a coisa pública”.⁷⁶

Por tal motivo, diz-se que a Administração Pública deve ser eficiente. Em que pese estar permeada pela análise da relação custo-benefício, a eficiência também leva em consideração “custos sociais de determinadas estruturas e práticas administrativas e sua repercussão sobre a formação de uma consciência de ação coletiva, de interesse público, nos cidadãos”.⁷⁷

E, por conta dessa formação de consciência, é muito importante a participação dos cidadãos nas políticas públicas. Não se trata apenas de um reflexo da tese do contrato social, mas sim da decorrência de uma efetiva democracia participativa. Posto que “a política pública é um dos modos pelos quais os cidadãos atuam sobre si mesmos”⁷⁸, deduz-se que a comunidade deve sempre atuar nas políticas públicas. Não há como excluir a sociedade, dentro de uma democracia participativa, se as políticas públicas vêm a atuar sobre a própria sociedade.

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz formula um bom entendimento acerca da relação entre democracia e políticas públicas:

Por isso, a determinação dos objetivos das políticas públicas não pode operar-se realmente se não for a partir da participação cidadã. A participação cidadã configura-se como um objetivo público de primeira ordem, já que constitui a própria essência da democracia e, por isso, ocupa um lugar sobressalente entre os parâmetros centrais do bom governo e da boa administração; uma atuação pública que não persiga, que não procure um grau mais alto de participação cidadã, não contribui com o enriquecimento da vida democrática e se opera, portanto, em detrimento dos mesmos cidadãos aos quais se pretende servir.⁷⁹

A ausência de participação popular é característica dos governos autoritários, logo a participação do povo em países democráticos como o Brasil deve existir (tal qual o constante no art. 1º da Constituição brasileira). Na mesma linha, Francisco José Borges Motta, ao expor a teoria de Dworkin, afirma que “uma visão de democracia em parceria implica que o povo governe a si próprio, considerando cada um de seus integrantes como um parceiro integral (*full*

⁷⁵ MAURÍCIO JR., Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**: a intervenção judicial em políticas públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 80.

⁷⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 182.

⁷⁷ Ibidem, p. 183.

⁷⁸ BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional das políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013. 368p. p. 48.

⁷⁹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Trad. de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 38. (Coleção Fórum Eurolatinoamericana de Direito Público, 1).

partner) num empreendimento político coletivo”, devendo-se garantir “igual consideração e respeito”.⁸⁰

Como hoje o Estado atua sobre os rumos da sociedade (algo típico do Estado Social, como se verificará quando da análise dos direitos fundamentais), nada mais óbvio, como já afirmado, que a sociedade participe da tomada das suas próprias decisões e que as ações sejam direcionadas “a buscar o aprimoramento da vida em comum como requisito de legitimidade e de legitimação”.⁸¹ Assim, para que as políticas públicas possam ser aceitas por todos, é necessária a participação de todos. Em outras palavras, é imperioso que o Estado esteja ao lado da população em todos os momentos das políticas públicas (em todo o ciclo das políticas⁸²). Isso é bem destacado por Joan Subirats:

Comecemos com a chamada “democratização” da Administração Pública. Trata-se de adaptar os aparelhos administrativos aos princípios constitucionais ou de tornar o serviço público mais “participativa”, com base no diagnóstico de que a ineficiência das ações públicas vem da excessiva “separação” entre a máquina estatal e a sociedade civil.⁸³

O futuro vislumbrado com a democratização da Administração Pública é que “derrubados os muros altos que separavam a Administração Pública da sociedade, esta passa a participar da concepção, da decisão e da implementação das políticas públicas”.⁸⁴

Para que uma política pública possa ser democrática, ela deve contar com regras e procedimentos determinados e devidamente transparentes, pois nenhum participante (os atores) pode ser surpreendido e muito menos ter o seu direito a falar e se fazer ouvir tolhido por qualquer outro. Isso assegura que as arenas onde são definidas as políticas públicas sejam

⁸⁰ MOTTA, Francisco José Borges. As condições democráticas de Ronald Dworkin e o instituto da Judicial Review: a democracia é possível aqui? In: LEAL, Rogério Gesta; FILHO, Anízio Pires Gavião (Orgs.). **Bens jurídicos indisponíveis e direito transindividuais: percursos em encruzilhadas**. Porto Alegre: FMP, 2015. p. 204-206. Disponível em: <http://www.fmp.com.br/imgs_upload/file/MIOLO%20WEB.PDF>. Acesso em: 16 set. 2017.

⁸¹ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das Políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. - São Paulo: Saraiva, 2006.p. 51.

⁸² Para Reinaldo Dias e Fernanda Matos, “A participação efetiva da sociedade significa o seu envolvimento em todas as etapas do processo decisório e não apenas nas fases iniciais de sugestão, indicação ou proposição” (DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas públicas: princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 161).

⁸³ Tradução livre do original: “Empecemos por la denominada ‘democratización’ de la Administración Pública. Se trataría de adecuar los aparatos administrativos a los principios constitucionales o de hacer más ‘representativa’ la burocracia pública, partiendo del diagnóstico de que la ineficacia de las actuaciones públicas procede de la excesiva ‘separación’ entre los aparatos administrativos y la ‘sociedade Civil’” (SUBIRATS, Joan. **Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1989).

⁸⁴ PEREZ, Marcos Augusto. **A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 171.

verdadeiros “espaços de participação e interlocução” e que sejam corretamente determinadas pela comunidade, como povo formador da nação, posto que “inexiste decisão política que não esteja condicionada ou inclusive determinada, por aquilo que acontece na sociedade”.⁸⁵

Esse é o princípio democrático, o dever de o Estado ouvir a sociedade e o poder da sociedade de ser ouvida, tendo como “sujeito passivo o Estado e seus agentes (em sentido amplíssimo) e como sujeito ativo a totalidade dos indivíduos”.⁸⁶ No mundo atual, não há como se permitir um regime democrático de direito sem que a população possa participar ativamente das decisões. Democracia pressupõe a participação social nos rumos da nação e não somente a partir de seus representantes eleitos ou diretamente por intermédio de plebiscito, referendo e iniciativa popular. Deve haver a participação coletiva nas políticas públicas, como autores e fiscais dessas e não como meros coadjuvantes.⁸⁷ O povo é o detentor do poder, motivo pelo qual não é participante subsidiário, mas sim o principal ator em todo o ciclo das políticas públicas.

Assim como plebiscito, referendo e iniciativa popular fazem parte do exercício da cidadania, a participação nas políticas públicas também faz parte, é ato cidadão. A cidadania traz o sentimento de pertença no “empreendimento político”, e as políticas públicas oriundas da participação social “são sempre formuladas a favor da cidadania, da autonomia dessa – dando voz àqueles que a exercem e incitando ou propiciando o seu exercício –, livre por aqueles que têm maiores dificuldades para fazê-lo”.⁸⁸

Marcos Augusto Perez entende que a participação deve ser incluída com os demais princípios do Direito Administrativo na visão da Administração Pública atual.⁸⁹ O diálogo entre diferentes atores das políticas públicas faz com que essas se tornem mais eficientes. Ninguém melhor do que a sociedade para informar aos administradores quais são as necessidades e em qual grau elas são requeridas, assim como não há avaliação melhor de políticas públicas do que aquela realizada pelos seus destinatários. E se na decisão há sempre uma dose de incerteza, a simbiose com a sociedade reduz tal nível e, com isso, como dito, há uma melhoria na eficiência das ações governamentais.

⁸⁵ LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade**: novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 22-27.

⁸⁶ SAAD, Amauri Feres. **Regime jurídico das políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2016. 256 p. p. 136.

⁸⁷ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 92.

⁸⁸ Tradução livre do original: “se confeccionan siempre a favor de la ciudadanía, de su autonomía – libertad y cooperación-, dándole cancha a quienes la ejercen e incitando o propiciando su ejercicio -libre- por parte de quienes tienen mayores dificultades para hacerlo” (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales**. Sevilla: Global Law Press, 2015. p. 134).

⁸⁹ PEREZ, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 163.

Tal participação é não somente democrática, mas racional do ponto de vista de formulação das políticas, tendo em vista que “o racionalismo decisório liberal é insuficiente se confrontado com fatores externos ao processo, devendo-se, para tanto, considerar os *inputs* de atores extragovernamentais”.⁹⁰ Isso demonstra que a participação popular não deve ser obrigatória somente para garantir formalmente a democracia no processo de políticas públicas, mas para que a população possa efetivamente atuar na resolução dos problemas. Os desafios que o Estado, por seu gigantismo, eventualmente possa não vislumbrar serão levados aos *policymakers* pelos atores extragovernamentais, dos quais faz parte toda a sociedade. A presença de atores externos ao Estado na consecução das políticas públicas evita uma autofagia governamental que prejudicaria toda a sociedade. O Estado não é autônomo e em que pense todas as teorias acerca do tema, não é onipresente, motivo pelo qual depende de atores externos a burocracia para realizar políticas.

No âmbito constitucional brasileiro, é prevista a garantia da participação popular em muitos dos seus dispositivos, como o art. 10 (trabalhadores em colegiados de órgãos públicos), art. 29, XII (cooperação das associações representativas no planejamento municipal), art. 198, III (participação da comunidade no Sistema Único de Saúde), art. 204, II (aqui de maneira expressa ao referir a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis), arts. 205 e 206, IV (educação com a colaboração da sociedade e com gestão democrática), art. 216-A (Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa; institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade), art. 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT (Comitê Consultivo e de Acompanhamento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza). Infraconstitucionalmente, temos como exemplos o Estatuto das Cidades (art. 33. Da lei específica que aprovar a operação urbana consorciada constará o plano de operação urbana consorciada, contendo, no mínimo: [...] VII forma de controle da operação, obrigatoriamente compartilhado com representação da sociedade civil), Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 88. São diretrizes da política de atendimento: criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente [...] II assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas). Além dos exemplos acima, deve-se citar, por óbvio, todos os demais conselhos

⁹⁰ SANSON, Alexandre. Os grupos de pressão e a consecução das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins [Org.]. **O direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.p. 130-131.

gestores, os orçamentos participativos, as audiências públicas (como as necessárias para o licenciamento ambiental) e os grupos de trabalho com participação do Estado e da Sociedade.

Dessa forma, com a participação da sociedade no seio das políticas públicas, criam-se “as bases para o nascimento de uma legitimidade fruto da adesão racional da sociedade a um conjunto de medidas concretas, políticas, ou programas que esta ajudou a formular, decidir e muitas vezes executar”.⁹¹

Ainda com relação à participação popular na formulação das políticas públicas, Bitencourt, com base nos ensinamentos de Habermas, afirma:

Assim, o procedimento ideal para a formulação de uma política pública deve atender aos critérios de uma boa ação comunicativa. Um procedimento que se pretende inclusivo na pluralidade regula-se, a partir do princípio do discurso, por uma ideia de que os: a) procedimentos são argumentativos; b) inclusivos e públicos; c) necessidade de não coação externa; d) internas, ou seja, igual chance de contribuição; e) possibilidade de revisitar as opiniões, mas, por outro lado, concluídas, de modo a possibilitar a ação pelo Direito; f) contribuições não estão circunscritas; g) as deliberações políticas permitem as contribuições variadas.⁹²

Feitas tais observações, passa-se a avaliar o ciclo das políticas públicas (*o policy-making process* ou *policy cycle*). Dividido em etapas (faz-se necessário mencionar que não é necessário que a etapa anterior esteja terminada para o início da próxima), o estudo em ciclo possibilita uma visão melhor da sistemática das políticas públicas, sendo que “este modelo de análise tem como vantagem apresentar a política pública como uma sucessão de sequências correspondendo a uma abordagem clássica e racional da política envolvendo diferentes cenários e atores”.⁹³ Dias e Matos identificaram, com base em 13 (treze) autores, entre 04 (quatro) e 07 (sete) números de fases, sendo as mais comuns: agenda, formulação/elaboração, decisão, implementação e avaliação.⁹⁴ Para fins didáticos, utilizar-se-ão as 07 (sete) etapas relacionadas por Secchi, quais sejam: 1) identificação do problema, 2) formação da agenda, 3) formulação de alternativas, 4) tomada de decisão, 5) implementação, 6) avaliação e 7) extinção.⁹⁵

⁹¹ PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. - São Paulo: Saraiva, 2006. p. 168.

⁹² BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional das políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013. 368p. p. 50.

⁹³ DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas públicas: princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 63.

⁹⁴ Ibidem, p. 64-65.

⁹⁵ SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2015.p. 44-69.

1.2.1 Identificação do problema

O Papa Leão XIII já alertava na encíclica *Rerum novarum*:

Em todo o caso, estamos persuadidos, e todos concordam nisto, de que é necessário, com medidas prontas e eficazes, vir em auxílio dos homens das classes inferiores, atendendo a que eles estão, pela maior parte, numa situação de infortúnio e de miséria imerecida.⁹⁶

Apesar de tal excerto da encíclica não conceituar a “identificação do problema”, nela consta um problema identificado, a “situação de infortúnio e miséria imerecida”. O cerne da questão é a falta de vida digna de quem vive nessa situação, imerecidamente, o que deve ser combatido pelo Estado, de forma direta. O problema é uma situação que exige a participação, a intervenção do Estado para que haja uma solução,⁹⁷ uma oportunidade de melhoria das condições sociais que possibilite que os poderes públicos tomem ações para alcançá-las.⁹⁸

Problema é uma realidade fática atual e a “solução” é a realidade fática que se pretende atingir ou, nas palavras de Secchi, “é a diferença entre o que é e aquilo que se gostaria que fosse a realidade pública”.⁹⁹ Assim, pode-se dizer que o problema é um *status quo* que não é socialmente aceito, no qual a intervenção do Estado é necessária para sanear e melhorar o estado da sociedade. Deve-se frisar que uma determinada situação pode ser considerada uma questão a ser atacada em uma determinada época, em determinado momento, e em outra não. Cita-se a própria situação dos trabalhadores quando da publicação da encíclica mencionada, talvez vista como normal e depois caracterizada como problema.

Todavia, um problema não é uma questão única, separada e dissociada das demais questões sociais. Ademais, tratar um problema dissociado e não relacionado com outros fatos pode vir a se tornar prejudicial no desenvolvimento das políticas públicas.¹⁰⁰

[...] um problema chama a atenção pública porque afeta um interesse ou direito público de forma que: viola compromissos legítimos; enfraquece a condição comum de cidadãos; vai contra os valores comuns que sustentam a comunidade; causa danos

⁹⁶ IGREJA CATÓLICA. Papa (1878-1903: Leão XIII). **Carta encíclica Rerum Novarum**: a todos os nossos veneráveis irmãos, os patriarcas, primazes, arcebispos e bispos do orbe católico, em graça e comunhão com a sé apostólica sobre a condição dos operários. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 21 set. 2017.

⁹⁷ DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas públicas**: princípios, propósitos e processos. São Paulo: Atlas, 2012. p. 68.

⁹⁸ SUBIRATS, Joan. **Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1989. p. 52.

⁹⁹ SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2ª. ed - São Paulo: Cengage Learning, 2015.p. 44.

¹⁰⁰ DIAS; MATOS, op. cit, p. 69.

aos bens sociais de forma que eles apenas podem ser protegidos através da ação coletiva ou, ainda, vai contra a justiça, a equidade ou interesse comum.¹⁰¹

Contudo, apesar da possibilidade de identificação da problemática, ela por si só não se torna automaticamente o objeto de uma política pública, sendo necessário que esta faça parte da agenda pública do Estado.

1.2.2 Formação da agenda

Diante dos problemas que são percebidos pelo Governo, ou mesmo trazidos pela sociedade aos detentores do poder, deve o Estado tomar ações para a solução desses. Para tal, dentro do ciclo das políticas públicas, isso significa inseri-los na agenda política. Ressalta-se que, como visto anteriormente, diante dos escassos recursos de que dispõem as Administrações Públicas, nem todas as situações conseguirão fazer parte da agenda, mas somente as mais acentuadas. De forma singela, Secchi entende que agenda é “um conjunto de problemas ou temas entendidos como relevantes”.¹⁰² Somente os eleitos pelos governantes como de alta relevância irão fazer parte da agenda, serão objetos efetivos das políticas públicas.

Assim como os problemas, que podem ser considerados como tal em determinada época, mas não em outra, uma mesma questão poderá fazer parte da agenda em uma determinada época e em outra não. Isso dependerá da discricionariedade política do Administrador e, mais especificamente, da percepção da situação social. Vejamos um exemplo: na cidade de Mariana, em Minas Gerais, existiam problemas que eram tratados pela Administração Pública, como a falta de saneamento. Todavia, com a tragédia ocorrida em 2015, a agenda provavelmente se alterou. A falta de saneamento continuou sendo um problema, mas as consequências das tragédias foram tantas que, por óbvio, o governo alterou a agenda, com o saneamento em segundo plano, dando-se preferência à assistência social aos desabrigados.

A situação financeira experienciada pela sociedade também influencia as definições das políticas públicas.¹⁰³ Em tempos de crise econômica, há a necessidade de políticas que busquem a recuperação da economia, com o fito de proteger a massa de empregados e garantir a arrecadação que, por sua vez, permite ao Estado desenvolver as suas prestações positivas aos administrados, além de proteger os indivíduos através de políticas sociais. Em tempos de

¹⁰¹ DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas públicas**: princípios, propósitos e processos. São Paulo: Atlas, 2012. p. 68.

¹⁰² SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2ª. ed - São Paulo: Cengage Learning, 2015. p. 46.

¹⁰³ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 92.

pujança, o Estado pode focar as suas políticas não somente na área social, munindo o Estado de melhor infraestrutura para o desenvolvimento da nação.

Infere-se que a agenda é mutável, sendo uma fotografia da situação no momento de sua análise, ou, em outras palavras, “mostra qual é a percepção do Estado, em um determinado momento, sobre o que se deve solucionar”.¹⁰⁴ Alguns problemas podem ter determinado espaço na agenda em um período e, em outro, terem menos e, até, serem excluídos da agenda. Isso vai além de questões ideológicas, sendo fruto da percepção dos problemas da sociedade e de uma visão de mundo.

A inclusão na agenda dá uma visão de prioridade no combate aos problemas, pela já afirmada existência de um número de situações superiores às possibilidades de combate. Na formação, poder-se-ia falar de escolhas trágicas, pois alguns problemas relevantes poderão ser deixados de lado por falta de capacidade (tanto financeira quando estrutural), mas tal aspecto será analisado no terceiro capítulo.

1.2.3 Formulação de alternativas

Definidos os problemas que serão objetos de tratamento, o próximo passo é a formulação de alternativas, ou seja, a análise desses e o estudo de opções¹⁰⁵ para seu saneamento. Esse é o momento em que há uma forte atuação do corpo técnico estatal, mas não somente desse, assim como uma forte participação popular. Para que sejam formuladas alternativas de combate à situação, é necessário que sejam realizados estudos de forma empírica e não intuitiva. Aqui, há a participação do corpo estatal, de toda a estrutura burocrática da Administração Pública e da participação popular. É forçosa uma coleta de informações, análise da sociedade e do mercado, dentre outras ações. Pode parecer estranha a análise do mercado, mas não se pode olvidar que o tratamento de problemas necessita de recursos financeiros, bens e material humano.

A formação de alternativas (ou elaboração) “é uma descrição da solução de problemas de nível superior e importância nacional, regional ou setorial que tenha sido diagnosticado”.¹⁰⁶

¹⁰⁴ SUBIRATS, Joan. **Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1989. p. 55. Tradução livre do original: “muestra cuál es la percepción de los poderes públicos en un instante concreto, sobre lo que se debe resolver.”

¹⁰⁵ Essas, conforme Felipe de Melo Fonte, “requerem, em sua etapa primária, a identificação de objetivos que possam ser reconduzíveis ao ordenamento jurídico, em obediência ao princípio da legalidade”. FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 62.

¹⁰⁶ SAAD, Amauri Feres. **Regime jurídico das políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2016. 256 p. p. 186.

De acordo com Dias e Matos, para que se tenha um bom processo na elaboração das políticas, é necessária a conversão de estatísticas em informação relevante para o problema; a análise das preferências dos atores; e a ação baseada no conhecimento adquirido.¹⁰⁷ Deve-se fazer um pequeno reparo no entendimento dos autores: nem todos os problemas serão diagnosticados com base em dados, e nem todos poderão ser transformados em números. Por exemplo, que a miséria é um problema trata-se de fato notório, mas o quanto a miséria é um problema? Aqui entra uma tabulação de dados que permite a formulação estatística e, com isso, a obtenção de informação. Mas como transformar em números o bem-estar da população?

Em termos mais amplos, identificando outros pontos da etapa de formulação, afirma Joan Subirats et al.:

A fase de formulação da política supõe, preliminarmente, uma definição do modelo causal por atores públicos, a definição em que os atores sociais influenciam em maior ou menor grau e, posteriormente, uma formulação do programa de ação política administrativa, isto é, a seleção dos objetivos, os instrumentos e os processos que devem ser executados para resolver o problema em questão.¹⁰⁸

Como não é objeto deste trabalho detalhar toda a sistemática operacional das políticas públicas, não se fará, nesta etapa, uma explanação sobre a necessidade de se formularem objetivos, diretrizes, planos, programas e projetos, motivo pelo qual se apresenta um excerto da obra de Dias e Matos:

Uma política pública implica o estabelecimento de uma ou mais estratégias orientadas à solução de problemas públicos e/ou à obtenção de maiores níveis de bem-estar social. Resultam de processo de decisão surgido no seio do governo com participação da sociedade civil, onde são estabelecidos os meios, agentes e fins das ações a serem realizadas para que se atinjam os objetivos estabelecidos.¹⁰⁹

O estabelecimento de meios, agentes e fins, dentro da elaboração de alternativas, é uma atividade racional, como bem explica Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau:

Diante de um caso que precisa ser resolvido, a decisão, segundo o modelo da escolha racional, faz a pessoa inventariar os resultados desejados (valores), identificar as ações que podem ser tomadas na sua busca (opções); determinar em que medida cada ação

¹⁰⁷ DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas públicas**: princípios, propósitos e processos. São Paulo: Atlas, 2012. p. 76.

¹⁰⁸ SUBIRATS, Joan; KNOEPFEL, Peter; LARRUE, Corinne; VARONNE, Frederic. **Análisis y gestión de políticas públicas**. Barcelona: Editorial Ariel, 2008. p. 44. Tradução livre do original: “La fase de formulación de la política supone ante todo, una definición del modelo causal por parte de los actores públicos, definición en la que las actores sociales tratan de influenciar en mayor o menor medida, y, posteriormente, una formulación del programa de actuación político administrativo, es decir, la selección de los objetivos, instrumentos y procesos que deberán ponerse en práctica para resolver el problema en cuestión.”

¹⁰⁹ DIAS; MATOS, op. cit., p. 15.

contribui para o resultado desejado e a que custo (valorização) e adotar aquela que contribuir mais (escolha). Presumimos que os seres humanos, sem necessariamente seguir tal procedimento, tomam suas decisões como se o fizessem.¹¹⁰

Para que fique claro que a solução dos problemas pode envolver diversas alternativas, dá-se o exemplo da necessidade de aumentar a prestação de serviços de saúde à população de um município. A solução pode ser a construção de um “Hospital Geral” ou de diversos postos de saúde. Independentemente da opção, neste caso, abre-se um leque de outras alternativas. No caso de ausência de recursos financeiros para realizar a obra de forma célere, a Administração Pública pode realizá-la em longo espaço de tempo, de acordo com as disponibilidades orçamentárias, ou tomar um empréstimo, pagando juros por óbvio, mas tendo a obra concluída em um prazo mais curto.¹¹¹

Todas essas opções dependem de uma série de cálculos e verificação, por exemplo, da viabilidade, o que ocorrerá, repisa-se, por meio do corpo técnico do Estado. Por fim, é importante reiterar que a participação social nesse momento é de extrema importância. Ainda que se ouça a sociedade na fase de tomada de decisão, estar-se-á diante de autoritarismo se essas mesmas pessoas não participarem da formulação das alternativas. Isso ocorre porque, em uma situação como a narrada, todas as alternativas representariam tão somente a visão do governo.

1.2.4 Tomada de decisão

Formuladas as alternativas para a resolução do problema, chega o momento de definir qual será a política pública a ser realizada (ou se haverá alguma política pública). Nesse caso, para o prosseguimento da política pública, obrigatoriamente haverá a escolha de uma alternativa em detrimento das demais opções. É um importante momento no ciclo das políticas públicas, pois é quando o Estado definirá a forma de intervenção na vida social. Conforme explica

¹¹⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução Rachei Sztajn. 2ª ed. - São Paulo: Atlas, 2015. Título original: *Analyse économique du droit*. p. 31.

¹¹¹ Destaca-se a locução de Fernando Martín Jaime: “No geral, esta etapa se relaciona com a identificação de diversos cursos de ação e com a construção de cenários que vislumbrem as possibilidades fáticas e os prováveis resultados de cada uma das opções identificadas para a solução dos problemas”. Tradução livre do original: “En términos generales, esta etapa se corresponde con la identificación de distintos cursos de acción y con la construcción de escenarios prospectivos que indiquen los horizontes de factibilidad y las consecuencias probables de cada una de las opciones identificadas para la resolución de los problemas” JAIME, Fernando Martín Jaime [et.al.]. **Introducción al análisis de políticas públicas**. 1ª ed. -Florencio Varela : Universidad Nacional Arturo Jauretche, 2013. 240 p. p. 98.

Subirats, “A definição dos objetivos, ou como se queira, a capacidade de optar por diferentes possibilidades, é fundamental em qualquer estudo sobre a realidade político-administrativa”.¹¹²

E, por óbvio, como já afirmando em outras oportunidades neste trabalho, havendo uma escolha que gere uma intervenção do Estado na sociedade, deve essa participar ativamente do processo. De acordo com o entendimento de Bitencourt, “a política pública exige a atuação da sociedade sobre ela mesma”¹¹³ e, sendo assim, ela deve escolher, pela capacidade democrática de definir os seus próprios rumos. Na visão dworkiniana, é preciso que a sociedade seja um parceiro integral (*full partner*). Indo além, é dever do Estado garantir à sociedade que seja ela uma *full partner* na decisão das políticas públicas. Não há Estado sem sociedade, logo o Estado deve garantir a participação dessa.

Por fim, ainda acerca da necessidade de comunicação entre todos os autores, destaca-se que para que se tenha uma decisão mais legítima, qualificada e aderente aos anseios sociais, é necessário que se respeite um procedimento democrático.¹¹⁴ Sem permitir a participação social, perde-se a legitimação da escolha realizada e, dessa forma, de toda política que será implantada. Dentro da decisão, por óbvio serão considerados diversos fatores, como o entendimento da sociedade e dos governantes a respeito do mundo, do custo-benefício¹¹⁵ e do impacto social da opção a ser escolhida. Não é um ato simples. Como apresentado no exemplo do item anterior, a escolha da política pública de melhoria da saúde envolveria as decisões sobre construir um hospital ou postos de saúde, depois sobre o tempo de construção e o seu custeio. Dessa forma, infere-se que não há uma única “decisão” na etapa em foco, mas sim um complexo feixe de decisões a serem tomadas.

¹¹² SUBIRATS, Joan. **Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1989. p. 75. Tradução livre do original: “El tema de la definición de objetivos, o si se quiere, la capacidad de elegir entre diferentes alternativas, resulta clave en todo estudio de la realidad político-administrativa”.

¹¹³ BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional das políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013. 368p. p. 97. Ainda, “as decisões públicas resultam de diálogos, argumentos, polêmicas, negociações, acordos, todos acessíveis e visíveis, nos quais os cidadãos exercem suas liberdades públicas de expressão, manifestação, reunião, opinião, associação e imprensa”. Tradução livre do original: “las decisiones públicas resultan de diálogos, argumentos, polémicas, transacciones, acuerdos, accesibles y visibles, em los cuales los ciudadanos realizan sus libertades públicas de expresión, manifestación, reunión, opinión, asociación, prensa”. VILLANUEVA, Luis F. Aguilar. **El Estudio de las políticas públicas**. San Angel: Miguel Ángel Porrúa, 1992. p. 35.

¹¹⁴ BITENCOURT, op. cit., p. 88.

¹¹⁵ Cf. Richard A. Posner, “Em uma grande variedade de decisões acerca de questões de interesse público, a análise de custo-benefício é inevitável”. POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. Jefferson Luiz Camargo. Paulo Salles e Pedro Seue-Câmara; revisão e tradução e texto final Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. Título original: *Frontiers of legal theory*. p. 137).

1.2.5 Implementação

Até a fase de implementação, não há qualquer intervenção na sociedade, havendo apenas políticas públicas em termos abstratos. Com esta, as políticas públicas se concretizam. É nesse momento que o problema é solucionado ou, ao menos, começa a ser. Assim como as duas etapas anteriores, a implementação não é um ato único; vale dizer, não é uma mera ação ou omissão estatal. Voltando ao exemplo citado anteriormente: na implementação, deverá haver reservas de recursos orçamentários e serão necessários um projeto básico, a realização de licitação, a fiscalização da obra, a contratação de pessoal para aumentar o atendimento à população e a aquisição de matéria-prima para tal. Apesar de parecer que tais atos são realizados em uma sequência lógica, a implementação não tem uma sequência, não é linear (aliás, como as etapas do ciclo das políticas públicas também não são).

Ainda sobre tal complexidade, ressalta-se que sempre ocorrerão imprevistos, alguma alteração no quadro social e mudança de viés de atendimento da política, o que faz Dias e Matos afirmarem:

De qualquer modo, a implementação deve ser entendida como um processo autônomo onde decisões cruciais são tomadas e não somente implementadas. É importante também, no sentido que é uma fase que “cria” políticas, ao orientar novas políticas, sendo, também, fonte de informações para a formulação de políticas.¹¹⁶

Essa etapa do processo não envolve somente atores governamentais. Por óbvio, envolve o aparato burocrático do Poder Executivo, mas também, por pressupor a edição de normativos, a atuação do Poder Legislativo, bem como a participação de membros da sociedade civil e de todos os que direta e indiretamente sejam afetados, o que se denomina de *policy network* ou *policy community*.¹¹⁷ Mais uma vez, frisa-se a importância da participação da sociedade no processo, seja atuando *in loco*, seja fiscalizando a execução da política (não confundir com a etapa de avaliação, tema do próximo item).

A implementação é um conjunto de ações e medidas com impacto na sociedade, realizado por atores governamentais e não governamentais, que permite transformar toda a intenção das etapas anteriores em produtos, em ações governamentais em seu sentido concreto, gerando resultados e impactos sociais observáveis. Dessa forma, não é um momento único, mas

¹¹⁶ DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas públicas: princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 82.

¹¹⁷ SUBIRATS, Joan. **Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1989. p. 119.

sim uma complexidade de momentos, de ações interdependentes, cujos defeitos e desvios devem ser corrigidos ainda durante essa etapa.¹¹⁸

É nessa etapa que a população sente a presença do Estado e seus esforços no sentido de mitigar o problema. Até então, tudo sempre existiu no “plano da teoria”, e nesse momento as políticas públicas se transformam e seguem para o “plano dos fatos”. Em que pese todo o esforço e toda a ação governamental anterior, a população terá o impacto das outras etapas somente quando a política estiver em execução.

1.2.6 Avaliação

Implementada a política pública, mister é averiguar se o resultado pretendido foi alcançado e quais os efeitos práticos da intervenção estatal. É para isso que existe a etapa de avaliação. A partir de uma análise das alterações sociais, pode-se verificar se o problema foi resolvido ou se restou pendente de solução. No caso de políticas públicas de longo prazo, ela possibilita alterações no desenvolvimento das políticas, com o fito de lhes dar maior efetividade e adaptá-las a possíveis alterações do problema.

A avaliação permite o autoconhecimento da Administração Pública, possibilitando a correção de desvios existentes e o desenvolvimento da máquina estatal.¹¹⁹ Pode ser conceituada como “uma área de pesquisa que tem por objetivo medir a utilidade e benefícios da intervenção pública através do emprego de um conjunto de técnicas utilizadas em diferentes campos das ciências sociais”.¹²⁰ Para a avaliação, não bastam métodos científicos, meros percentuais ou estatísticas, pois é necessário empirismo para tal avaliação. Como mensurar a melhora da qualidade de vida? Se fôssemos tentar aferir a melhoria desta, dever-se-ia mensurar o que é qualidade de vida, o que a compõe, o que se torna totalmente subjetivo.

As avaliações podem ser realizadas com base na análise de indicadores (a política econômica é mensurada dessa forma) e nos já citados custo-benefício e impacto social. A

¹¹⁸ SUBIRATS, Joan. **Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1989. p. 119.

¹¹⁹ Cf. didática de Joan Subrits “atualmente se admite sem problemas que os métodos de avaliação dos programas de ação governamentais servem tanto para uma maior conhecimento desses por parte da opinião pública como por parte dos protagonistas dos programas na Administração Pública que querem se beneficiar da informação fruto da atividade de avaliação” (tradução livre do original “*actualmente se admite sin problemas que los métodos de evaluación de los programas de actuación gubernamentales sirven tanto para un mejor conocimiento de los mismos por parte de la opinión pública como por parte de los protagonistas mismos de esos programas en la Administración Pública, que quieren beneficiarse de la información que genera la actividad evaluadora*”). Ibidem, p. 141.

¹²⁰ DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas públicas: princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 84.

política pública, por exemplo, pode ser avaliada sob os critérios de eficiência, eficácia e efetividade. A eficiência correlaciona os resultados produzidos com o que foi consumido para a obtenção dos resultados (figura de produtividade). A eficácia considera a relação do que foi planejado com o que foi obtido, se o objetivo proposto foi ou não alcançado (a ênfase se dá nos resultados, se eles foram de acordo com a proposta inicial) A efetividade avalia os efeitos causados, os impactos dos atos do Estado. Para melhor entendimento, as políticas públicas de saúde são mais ou menos efetivas de acordo com o impacto na sociedade, se há ou não a melhoria da saúde da população. Uma política de vacinação pode fazer com que uma comunidade tenha mais saúde e, com isso, maior qualidade de vida. Essa avaliação da melhoria na saúde dos cidadãos é o que demonstrará a efetividade ou não da vacinação.

Para Felipe de Melo Fontes, a Constituição Federal apresenta quatro mecanismos de avaliação das políticas públicas: (i) político-eleitoral, através de eleições regulares, onde os gestores serão avaliados pelas políticas desenvolvidas; (ii) administrativo-interno, pelo poder de autotutela dos órgãos pela avaliação e reavaliação das políticas públicas e por seus órgãos de controle interno (as denominadas controladorias); (iii) legislativo, por intermédio do Poder Legislativo com o auxílio dos Tribunais de Contas; e (iv) judicial, quando da análise de inconstitucionalidade de atos da Administração Pública.¹²¹

Na visão de Amauri Feres Saad, o jurista deve avaliar as políticas públicas considerando os seguintes aspectos, que podem ser deduzidos notadamente do disposto no art. 37 da Constituição Federal:

(i) se o órgão formulador da política seguiu critérios democráticos para a sua instituição; (ii) se, além disto, observou critérios isonômicos quanto aos beneficiários (ou prejudicados, pois nem sempre a política pública será distributiva); (iii) se os fins regentes da política pública encontram respaldo seguro no texto da Constituição Federal; (iv) se os propósitos da política pública são suficientes (e, mais do que isto, ótimos) para o atingimento do fim idealizado; (v) se os componentes, como marcos intermediários de sua execução, são suficientes para o atingimento dos propósitos da política pública; (vi) se as atividades alocadas são eficientes, ou seja, aptas a atender aos componentes e aos propósitos; e, por fim, (vii) se o agente público disponibilizou todas as informações e seguiu todos os procedimentos que permitam aferir se a sua decisão, postos os limites cognitivos referidos no item 1.2, acima, foi a melhor possível para aquele contexto”.¹²²

Do resultado da avaliação da política pública, pode-se optar por continuá-la, com ou sem alterações (nesse último caso, por exemplo, diminuindo custos ou alterando

¹²¹ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 67-73.

¹²² SAAD, Amauri Feres. **Regime jurídico das políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2016. 256 p. p. 84-85.

procedimentos, mas sem alterar o resultado), ou suprimi-la.¹²³ Como dito, as etapas do ciclo de políticas públicas não são sequenciais, podendo a avaliação retroalimentar todo o sistema de políticas públicas, com novas avaliações, visões de problemas, formulações e decisões. Dada a possibilidade de extinção das políticas, esta também será objeto de estudo.

1.2.7 Extinção

A avaliação das políticas públicas pode concluir que sua execução a) saneou o problema definido no início do processo, b) não está sendo satisfatória ou c) não produziu os efeitos esperados. Ocasionalmente, isso faz com que as políticas sejam alteradas e, em alguns casos raros, suprimidas da agenda.¹²⁴ A realidade social pode ter se alterado, o problema pode ter sido parcialmente resolvido ou simplesmente outros problemas podem ter surgido gerando a supressão do problema da agenda e, com isso, o término da política pública. Se o problema simplesmente não é mais objeto da agenda política, a consequente política pública também deixa de existir.

Contudo, utilizando-se a distinção entre políticas públicas de Estado e de Governo, pode-se inferir que as primeiras não serão objeto de extinção, visto que são sempre necessárias à consecução dos fundamentos da República Federativa do Brasil, enquanto as segundas podem vir a se extinguir quando o problema for saneado ou mesmo saírem da agenda política. Repisa-se o já referido, que políticas públicas de Governo podem ser transformadas em de Estado, sendo que em tal caso não se extinguiriam.

Deve-se ressaltar, porém, posicionamento doutrinário de que “não são raros os casos em que uma política pública continua viva mesmo depois que o problema que a gerara já tenha sumido”.¹²⁵

Com isso, encerra-se a exposição sobre o ciclo das políticas públicas e se passa ao estudo dos instrumentos constitucionais que permitem ao Estado brasileiro realizar as políticas públicas.

1.3 Políticas públicas e Direito Financeiro

¹²³ SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2ª. ed - São Paulo: Cengage Learning, 2015. p. 65.

¹²⁴ THEODOULOU, Stella Z. The structure and contexto of policy making. In: THEODOULOU, Stella Z.; CAHN, Matthew A. **Public policy: the essential readings**. 2ª ed. Pearson Education, 2013. p. 294-295.

¹²⁵ SECCHI, op. cit., p. 68.

Sob o ponto de vista do Direito Financeiro (acima de tudo constitucional, pois este regramento está devidamente institucionalizado na Carta Maior), o Estado, para as suas ações governamentais de políticas públicas, possui uma forma organizada de realizar suas atividades, da qual se destacam o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA), dispostas, desta forma, a partir de uma visão mais macro para uma mais detalhada. São instituídos pela Constituição Federal, conforme o art. 165, e possuem “função mais que meramente orçamental-contábil, mas de planejamento integrado”.¹²⁶ São elas o ponto de partida para a concretização de políticas públicas.¹²⁷

O Plano Plurianual, devidamente previsto na Constituição Federal, é o instrumento de maior amplitude dentro da programação de políticas públicas no Brasil, não somente pelo aspecto temporal, mas também por definir diretrizes, objetivos e metas que orientam as demais peças que compõem a estrutura orçamentária do país.¹²⁸ Os objetivos do PPA estão incluídos dentro de uma visão de longo prazo e com objetivos macros, isto é, o que se espera dentro do prazo em que ele vigora, de 04 (quatro) anos. Todas as demais peças orçamentárias (Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual) são realizadas com base no PPA. Não há como se propor qualquer despesa e, por dedução, qualquer política pública que não esteja contemplada no PPA (até porque mesmo os direitos negativos possuem custos, como se verá mais adiante).¹²⁹

Tendo em vista a importância do PPA, este deve ser executado, monitorado e avaliado segundo critérios rígidos que lhe garantam credibilidade, universalidade e vitalidade. A credibilidade garante uma aceitação perante a sociedade, que não decorre exclusivamente da roupagem de lei conferida ao plano (tendo em vista que as “leis orçamentárias” são estabelecidas por leis), mas também de credibilidade social. A universalidade refere-se à amplitude do planejamento para se enquadrar às particularidades de toda a estrutura administrativa e da sociedade, não se podendo olvidar que a República Brasileira tem como objetivo fundamental a redução das desigualdades sociais e regionais, devendo o PPA, portanto, contemplar tal aspecto. A vitalidade diz respeito às condições de execução, isto é, o alinhamento da peça às prioridades de Governo, de modo que seja exequível financeira e materialmente.¹³⁰

¹²⁶ SAAD, Amauri Feres. **Regime jurídico das políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2016. 256 p. p. 63.

¹²⁷ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 54.

¹²⁸ ALBUQUERQUE, Claudiano Manoel; MEDEIROS, Márcio Bastos; SILVA, Paulo Henrique da. **Gestão de finanças públicas**. Volume I. 3. ed. Brasília: Editora Gestão Pública, 2013. p. 25.

¹²⁹ DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas públicas: princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 144.

¹³⁰ ALBUQUERQUE, op.cit., loc.cit.

De acordo com a Constituição Federal (art. 165, § 1º), o PPA deve conter diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública Federal, de forma regionalizada, consideradas as despesas de capital (investimentos) e programas de duração continuada (a grande parte das políticas públicas). Diretrizes são “as linhas gerais que desenham o Plano Plurianual”. Os objetivos devem estar “expressos na programação” do Plano, sendo que metas “representam, para cada um dos objetivos, as parcelas de resultado que se pretende alcançar no período de vigência do Plano Plurianual”,¹³¹ buscando o encadeamento das demais peças orçamentárias dentro desse horizonte de longo prazo – “necessário para um planejamento efetivo”¹³² e sua devida efetivação.

Como se pode verificar, a criação do PPA é como a formulação de uma política pública, com agenda, propósitos, objetivos e metas a serem alcançados. Traçando um comparativo entre os institutos, pode-se afirmar que os objetivos (como o já citado objetivo constitucional de diminuição das desigualdades sociais e regionais) equivalem ao problema a ser enfrentado, isto é, um *status quo* que se pretende eliminar ou mitigar. Já as metas a serem alcançadas correspondem aos resultados almejados.

A participação da sociedade na definição de políticas públicas também ocorre no âmbito da elaboração do PPA, sendo parte da sua elaboração a “realização de audiências e consultas públicas para construção coletiva da Base Estratégica” (contém as prioridades do Governo).¹³³ Além disso, conforme mencionado por Claudiano Manoel Albuquerque, Márcio Bastos Medeiros e Paulo Henrique da Silva, de acordo com “a metodologia adotada pelos entes governamentais, a Portaria nº 42/1999 definiu os programas como instrumentos de organização da ação governamental visando à concretização dos objetivos pretendidos”.¹³⁴ Assim, alguns autores incluem a realização de programas no conceito de políticas públicas. Portanto, “a constituição de um programa pressupõe a necessidade de solucionar um problema da sociedade ou do próprio Estado”. E, assim como nas políticas públicas, o programa passa por uma validação *ex ante*, na qual os programas são validados devendo existir relação entre causa e efeito.¹³⁵

¹³¹ ALBUQUERQUE, Claudiano Manoel; MEDEIROS, Márcio Bastos; SILVA, Paulo Henrique da. **Gestão de finanças públicas**. 3ª ed. Volume I. Brasília: Editora Gestão Pública: 2013. 648p.p. 28-29.

¹³² BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. - São Paulo: Saraiva, 2006. p. 156.

¹³³ ALBUQUERQUE; MEDEIROS; SILVA, op. cit., p. 34-35.

¹³⁴ Ibidem, p. 37.

¹³⁵ Ibid., p. 39.

“Abaixo” do PPA, temos a Lei de Diretrizes Orçamentárias. Diz-se “abaixo” porque a LDO deve respeitar o estabelecido no PPA, compatibilizando-se com esse, e irá basear a LOA. Como afirma Alceu Maurício Júnior, “o fato é que o direito positivo faz com que a LDO, ao menos no aspecto formal, tome-se uma baliza para a LOA”.¹³⁶ A LDO materializa o disposto no PPA, iniciando a “antecipar um fato inevitável: a necessidade de fazer escolhas”, servindo como “balanceamento entre a estratégia traçada no início de um governo e as reais possibilidades que vão se apresentando ao longo dos anos de implementação do Plano Plurianual”.¹³⁷ Isso ocorre porque a LDO compreenderá aspectos mais concretos, como as metas e prioridades para o exercício subsequente, equilibrando despesas e receitas. A LDO, nos termos da Constituição, “compreenderá as metas e prioridades”, “orientará a elaboração da lei orçamentária anual”, dentre outras disposições. Assim, com base nas políticas macro estabelecidas pelo ente, é elaborada, anualmente, a LDO, contendo metas e prioridades elevadas a esta categoria pelos governantes. Dentro das políticas de longo prazo (PPA), são definidas as metas e prioridades para o ano subsequente (LDO). Ela é um passo para o planejamento anual do governo, devendo prever também o método de avaliação de seus resultados, bem como deverá conter demonstrativo comparando o objetivo do ano anterior com o realizado, discorrendo sobre eventuais desvios que tenham ocorrido da meta proposta.¹³⁸

Nos termos da Constituição, a LDO também “orientará a elaboração da lei orçamentária anual” e, por se tratar de lei, deve ser aprovada pelas duas casas legislativas, garantindo a participação social na forma de seus representantes eleitos.

O terceiro elemento do sistema de planejamento e orçamento brasileiro é a Lei Orçamentária Anual, que trata, especificamente, do orçamento, isto é, dos gastos que se pretende realizar no ano subsequente, tendo em vista, mais uma vez, que o PPA “não possui eficácia por si só quanto à realização das despesas nele previstas, sendo indispensável, para tanto, a LOA”.¹³⁹ É no orçamento, mais especificamente em suas rubricas, que serão destinados recursos para prover as políticas públicas. É a instância mais real para a consecução das políticas públicas sendo, nas palavras de Francisco Glauber Lima Mota, “um modo de se materializar um planejamento”.¹⁴⁰ O orçamento é autorizativo e consigna de forma discriminada todas as

¹³⁶ MAURÍCIO JR., Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**: a intervenção judicial em políticas públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 311p. p. 92.

¹³⁷ ALBUQUERQUE, Claudiano Manoel; MEDEIROS, Márcio Bastos; SILVA, Paulo Henrique da. **Gestão de finanças públicas**. 3ª ed. Volume I. Brasília: Editora Gestão Pública: 2013. 648p. p. 41.

¹³⁸ Ibidem, p. 64-67.

¹³⁹ MAURÍCIO JR., op. cit., p. 91.

¹⁴⁰ MOTA, Francisco Glauber Lima. **Contabilidade aplicada ao setor público**. Brasília, DF: Coleção Gestão Pública, 2009. p. 17.

receitas e despesas previstas. Ressalta-se que o orçamento é autorizativo e despesas públicas somente podem ser efetivadas se nele constarem. Ainda, conforme Mota, o orçamento público é um ato normativo:

[...] que estabelece um conjunto de ações a serem realizadas, durante um período de tempo determinado, estimando o montante das fontes de recursos a serem arrecadados pelos órgãos e entidades públicas e fixando o montante de recursos a serem aplicados pelos mesmos na consecução dos seus programas de trabalho, a fim de manter ou ampliar os serviços públicos, bem como realizar obras que atendam as necessidades da população.¹⁴¹

Há diversas conceituações para o orçamento, tendo em vista principalmente a sua evolução histórica: de peça contábil, de instrumento formal para a transparência dos gastos do governante (sistema de controle do poder político) até se tornar ferramenta de planejamento. Antigamente, o orçamento serviu para que o governante prestasse contas para a população, bem como para que qualquer tributação não fosse realizada sem a devida transparência, surpreendendo os administrados, respeitando o devido processo legal para os gastos e instituição de tributos. Atualmente, como frisado, tem por objetivo promover o planejamento para a execução das ações governamentais.¹⁴² Foi apenas com o Estado Democrático de Direito que o orçamento veio a assumir feições “de mecanismo pleno de gestão e controle democrático das receitas e despesas públicas”.¹⁴³

A LOA também é determinada por ato normativo, sendo discutida nos parlamentos. É por meio dela que há a maior participação dos representantes do povo no planejamento das receitas e dos gastos públicos, tendo em vista que é na discussão do projeto de lei da LOA que são propostas emendas destinando recursos para a base eleitoral de cada parlamentar. Sendo considerada uma ferramenta da democracia ou simplesmente um instrumento de autopromoção dos parlamentares, não há de se questionar que, por muitas oportunidades, tais emendas não permitem a otimização da utilização dos recursos públicos. Isso ocorre porque carece aos membros do Poder Legislativo a “visão macro” que tem o Poder Executivo.

Toda a exaustiva explanação acima deve-se ao importante fato de que, consoante Antônio Bedê Freire Júnior, “em regra, as políticas públicas são os meios necessários para a efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que pouco vale o mero reconhecimento formal

¹⁴¹ MOTA, Francisco Glauber Lima. **Contabilidade aplicada ao setor público**. Brasília-DF: Coleção Gestão Pública, 2009. p. 17.

¹⁴² ALBUQUERQUE, Claudiano Manoel; MEDEIROS, Márcio Bastos; SILVA, Paulo Henrique da. **Gestão de finanças públicas**. 3ª ed. Volume I. Brasília: Editora Gestão Pública: 2013. 648p. p. 99-107.

¹⁴³ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 76.

de direitos se ele não vem acompanhado de instrumento para efetivá-los”.¹⁴⁴ Logo, de nada basta serem assegurados direitos fundamentais se não há a efetiva implementação desses por parte do Poder Público, sendo que muitos doutrinadores simplificam o conceito de políticas públicas como sendo o caminho para o Estado adimplir os direitos fundamentais¹⁴⁵, motivo pelo qual devem ser estudados.

1.4 Políticas públicas e direitos fundamentais

Não basta o mero reconhecimento de direitos fundamentais se não há efetividade desses por parte do Poder Público. Claudiano Albuquerque, Mário Medeiros e Paulo Henrique Silva explicam, com base na apropriação de recursos (receitas públicas) e partindo de premissas de distribuição da riqueza e planejamento das ações estatais, que o Estado atual interfere na sociedade e no mercado (economia) através das políticas públicas visando à efetivação de direitos fundamentais.¹⁴⁶ É o caso, por exemplo, de programas de distribuição de receitas (ex.: Bolsa Família), participação em determinados mercados (ex.: combustíveis), regulação de setores, dentre outros. Não há como existir as prestações positivas e negativas dos direitos fundamentais sem a criação, desenvolvimento e efetivação de políticas públicas. É complexa a sistemática de escolha e estabelecimento de políticas públicas e toda essa estruturação política (análise e escolhas) e jurídica (Direito Financeiro) serve para que o Estado possa cumprir suas obrigações com os administrados. Nas palavras de José Marcos Domingues, “a atividade financeira e o orçamento não subordinam a si os direitos humanos fundamentais; é a satisfação destes que justifica, ilumina, impulsiona e condiciona aqueles institutos do direito financeiro”.¹⁴⁷ Esse é o motivo pelo qual os direitos fundamentais e as políticas públicas se inter-relacionam: não há como garantir os direitos fundamentais sem as políticas públicas.

Os direitos fundamentais são fruto das revoluções burguesas ocorridas no final do século XVIII (como a Revolução Francesa, fundada na proteção dos cidadãos contra os desmandos do

¹⁴⁴ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 48.

¹⁴⁵ “Há quem simplifique o conceito de política pública como todos os atos legislativos e administrativos necessários à satisfação, realização dos direitos fundamentais sociais, pois esses poderes, no âmbito de suas competências, possuem como dever constitucional a sua promoção e efetividade, que vai além da esfera formal”. BITENCOURT BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional das políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013. 368p. p. 52.

¹⁴⁶ ALBUQUERQUE, Claudiano Manoel; MEDEIROS, Márcio Bastos; SILVA, Paulo Henrique da. **Gestão de finanças públicas**. 3ª ed. Volume I. Brasília: Editora Gestão Pública: 2013. 648p. p. 112-113.

¹⁴⁷ DOMINGUES, José Marcos. Atividade financeira e direitos sociais. In: QUEIROZ, Luís Cesar Souza de; GOMES, Marcus Lívio. **Finanças públicas, tributação e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2015. p. 112.

regime absolutista, como será visto no segundo capítulo). Elas pertencem ao moderno Estado constitucional, que delineava os contornos do Estado e protegia os indivíduos deste.¹⁴⁸ Essa concepção de direitos fundamentais é liberal, e não poderia deixar de ser, tendo em vista que na época o liberalismo orientava as Constituições (como a francesa) e as Declarações (como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão – 1789).¹⁴⁹

As Constituições da época determinavam que o Estado não interviesse na vida dos cidadãos, devendo proteger a vida, a liberdade, a propriedade e a igualdade das pessoas perante a lei. Sarlet explica que tinham por mote proteger os indivíduos do Estado, estabelecendo limites à atuação do Estado e, por conseguinte, garantindo um campo de autonomia individual para o cidadão. Conforme o autor, são cunhados de “direitos negativos”, pois destinam-se a uma “abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos”.¹⁵⁰ O povo detinha o direito de que o Estado não invadisse a sua esfera privada (por exemplo, propriedade, pensamento, vida, liberdade de expressão e de manifestação religiosa).¹⁵¹ Destaca-se que, nesse momento histórico, não é esperada uma ação do Estado, mas sim um comportamento omissivo.¹⁵²

Com a Revolução Industrial e as novas relações trabalhistas, verificou-se que o mercado sem regulação não garantiu a felicidade e prosperidade para os seres humanos, conforme elucida Dieter Grimm:

A redescoberta do componente jurídico-objetivo dos direitos fundamentais se funda precisamente na rejeição das premissas liberais, de acordo com as quais a liberdade juridicamente igual, sem a intervenção estatal conduz automaticamente à prosperidade e à justiça. Essa dedução se mostrou absolutamente teórica.¹⁵³

-
- ¹⁴⁸ GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Tradução de Raúl Sanz Burgos e José Luis Mufioz de Baena Simón. Madrid: Editorial Trotta, 2006. Título original: Die Zukunft der Verfassung. p. 77.
- ¹⁴⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 31.
- ¹⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 46-47.
- ¹⁵¹ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 93.
- ¹⁵² Para Ricardo Lobo Torres no Estado Liberal já era protegida “a parcela mínima necessária à existência humana digna”, sendo proibida qualquer tributação sobre tal, adquirindo “maior vigor com a doutrina liberal e a teoria da tributação progressiva”, o que demonstra que mesmo na questão de cobrança de impostos havia direito de defesa contra essa cobrança, uma parte que era intocável pelo Estado. TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 352p. p. 161.
- ¹⁵³ GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Tradução de Raúl Sanz Burgos e José Luis Mufioz de Baena Simón. Madrid: Editorial Trotta, 2006. Título original: Die Zukunft der Verfassung. p. 161. Tradução livre do original: “El redescubrimiento del componente jurídico-objetivo de los derechos fundamentales se basa precisamente en el rechazo de las premisas liberales de acuerdo con las cuales la libertad jurídica igual, sin la intervención del Estado, conduce automáticamente a la prosperidade y a la justicia. Esta presunción se ha mostrado absolutamente hipotética”.

Nesse caso, foi necessária a intervenção do Estado para garantir direitos aos cidadãos. De nada adiantou proteger o ser humano de ter a sua liberdade tolhida, de ter a garantia de viver a vida em plenitude sem a intervenção estatal, quando se verificou que foi o próprio povo que, possuindo o poder, acabou por tirar as liberdades da sociedade ao impor condições de trabalho desumanas.¹⁵⁴ Conforme José Joaquim Gomes Canotilho, “o Estado de direito pretendeu dar uma resposta ao uso ilegítimo do poder; o Estado social procurou resolver o problema da falta de dinheiro e, portanto, o problema da pobreza”.¹⁵⁵ Para Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos do Estado Social resultaram a) do impacto da industrialização e dos graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam; b) da influência das doutrinas socialistas; e c) da constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia de seu efetivo gozo.¹⁵⁶

Os primeiros países que determinaram direitos sociais em suas Constituições foram o México (1917) e Alemanha (1919 – Constituição de Weimar), mas essas ficaram somente como promessas de cumprimento de direitos sociais pelo Estado, o que viria a se denominar Estado Social. Para Jorge Miranda, “o desenvolvimento dos direitos fundamentais faz-se no interior das instituições representativas e procurando a harmonização entre direitos de liberdade e direitos sociais”.¹⁵⁷

O Estado Social (Estado do Bem-Estar Social, Estado Providência ou *Welfare State*), de acordo com alguns autores, é uma resposta à crise de 1929.¹⁵⁸ Da defesa das liberdades individuais, o Estado transmuta-se em prestador. O ser humano não busca mais a sua felicidade de forma individual, mas espera que o Estado promova e garanta as condições para que o ser humano possa alcançar sua cidadania e pertencer a uma comunidade em situação de igualdade com os demais, isto é, de forma digna. É o que se chama de Estado Providência: “sob o amparo dessa construção teórica aparece o Estado Providência (*Welfare State*), que assume

¹⁵⁴ Em que pese ter-se dado ênfase às questões desumanas de trabalho, essas não foram as únicas formas de abuso.

¹⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 125.

¹⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 12ª ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 47.

¹⁵⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Vol. II. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 31.

¹⁵⁸ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales**. Sevilla: Global Law Press, 2015. p. 137.

imediatamente a tarefa de satisfazer todas as necessidades e ações dos indevidos ‘do berço ao túmulo’”.¹⁵⁹

Isso fez com que as fronteiras entre o público e o privado se estreitassem pela participação do Estado na economia, de forma direta, e nas relações entre os particulares, por intermédio das legislações, “visando à tutela das situações jurídicas em que a igualdade formal não se apresentava de modo suficiente para atender às demandas sociais, promover a igualdade substancial entre os indivíduos”.¹⁶⁰ O Estado deixou de ser expectador da “mão do mercado”, passando a atuar diretamente, impondo normas, regulando a autonomia privada das pessoas, e abertamente agindo no mercado.¹⁶¹

[...] o Estado passou a desenvolver tarefas substitutivas em casos de calamidades sociais e recessões e, em particular, a assegurar as condições de vida mais elementares da população. Isso foi realizado principalmente por meio da intervenção na economia e na organização do sistema estatal de prestação e serviços de fornecimento.¹⁶²

O Estado assumiu o dever de garantir as condições materiais da população, provendo condições básicas de vida, seja interferindo nas relações privadas, seja através de prestações positivas (se os direitos de liberdade eram ações negativas, isto é, o Estado garantia às pessoas uma não interferência, a interferência do Estado para garantir os direitos da sociedade se dá de forma positiva), isto é, provendo diretamente a população com o necessário (como educação, saúde, lazer, cultura, moradia), o que ao longo do tempo gerou o aumento de serviços para a população.¹⁶³ Os direitos sociais também são chamados de direitos de crédito, pois o titular deste é credor de uma prestação de serviços para a plenitude de cidadania.¹⁶⁴ Por óbvio, com a

¹⁵⁹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales**. Sevilla: Global Law Press, 2015. Tradução livre do original: “al amparo de esta construcción teórica, aparece el Estado providencia (Welfare State) que asume inmediatamente la satisfacción de todas las necesidades y si tu acciones de los individuos desde «la cuna hasta la tumba»”.

¹⁶⁰ BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado Constitucional**: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 53.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 75. Destaca-se que so Estados Unidos da América do Norte, onde a liberdade foi sempre protegida, a recuperação da crise de 1929 foi realizada com forte apoio estatal – intervenção na econômica - com base no New Deal do Presidente Franklin Delano Roosevelt.

¹⁶² GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Tradução de Raúl Sanz Burgos e José Luis Mufioz de Baena Simón. Madrid: Editorial Trotta, 2006. Título original: Die Zukunft der Verfassung. p. 188. Tradução livre do original: “el Estado pasó a desempeñar tareas sustitutivas en caso de calamidades sociales y recesiones y, en particular, a asegurar las condiciones de vida más elementales de la población. Esto se llevó a cabo fundamentalmente mediante la intervención en el proceso económico y la organización del sistema estatal de prestaciones y servicios de abastecimiento”.

¹⁶³ MAURÍCIOJR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**: a intervenção judicial em políticas públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 311p. p. 52-53.

¹⁶⁴ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 69.

criação e aumento de prestações positivas para a comunidade houve um aumento no tamanho do Estado.¹⁶⁵

Os direitos negativos do Estado de garantir os direitos de liberdade, em seus diversos espectros (expressão, religião, etc.), os de propriedade, dentre outros, são denominados pela doutrina como direitos fundamentais de primeira geração (ou dimensão). Já os direitos prestacionais, em que o Estado deverá prover a população (direitos sociais), têm sido denominados como direitos econômicos, sociais e culturais de segunda geração (ou dimensão).

A visão de que se necessita de tutela contra uma sociedade hostil é encontrada desde os direitos negativos da revolução burguesa. Lá era garantida liberdade de expressão e, por óbvio, essa liberdade deveria ser protegida pelo Estado em contraponto aos que não concordassem com o emissor da fala, mas é nos direitos sociais que se verifica a visão “mais nefasta” de comunidade hostil. Como dito, os direitos sociais vieram de uma necessidade de proteção, por que não dizer, “da sociedade contra a sociedade”. Quando se verificou que a “mão invisível” do mercado não funcionou, que as liberdades e garantias acabaram por gerar desigualdade humana, foi necessário que o Estado protegesse a sociedade de si mesma, determinasse direitos e interviesse em relações privadas (cita-se, por óbvio, as trabalhistas). E tal entendimento explica a criação de outras gerações de direitos fundamentais que vêm a influenciar as anteriores, de acordo com uma visão do mundo, com a evolução mundial.¹⁶⁶

Menciona-se outras gerações de direitos fundamentais, pois, conforme a doutrina, existiriam mais duas ou três gerações, que compreenderiam os direitos ao ambiente, autodeterminação, recursos naturais e desenvolvimento (terceira); e os relativos à bioética, engenharia genética, informática e outras utilizações das modernas tecnologias, ligados à

¹⁶⁵ Essa visão do tamanho das prestações que o Estado efetuará ao cidadão, e por consequência o tamanho que deveria ter, pode ser verificada neste trecho que explica o Plano Beveridge: “Como parte do plano de governo pós-guerra, Sir William Beveridge presidiu comitê para avaliar a provisão de recursos para os benefícios da seguridade social (auxílio financeiro em caso de desemprego, doença e velhice). No relatório, publicado em 1942, estabeleceu um plano amplo para a reforma do Estado de Bem-Estar, indicando temas que ele denominou de cinco males: Carência (pobreza), Doença (saúde), Ignorância (desigualdade educacional), Inatividade (desemprego) e Miséria (sem tetos / habitação precária)”. Tradução livre do original: “As part of the government's planning for the post-war period, Sir William Beveridge chaired a committee to look at the future provision of social insurance benefits (financial support in the event of unemployment, illness and old age). His report, published in 1942, set out a comprehensive plan for the reform of state welfare provision, to address what he called the five giant evils: Want (poverty), Disease (ill health), Ignorance (educational inequality), Idleness (unemployment) and Squalor (homelessness / poor housing)”. GREEN, Lorraine; CLARKE, Karen. **Social policy for social work: placing social work in its wider context**. Cambridge: Polity Press, 2016. p. 11.

¹⁶⁶ Conforme João Carlos Dias, “os direitos considerados como humanos estão, por sua vez, sendo ampliados, formando um leque cada vez mais amplo, à medida que a própria evolução das sociedades determina essa expansão”. DIAS, João Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodvm, 2016. p. 138.

sociedade de informação e à sociedade de risco (quarta). Há ainda uma discussão sobre a existência de uma quinta geração, que seria o direito à paz.¹⁶⁷

Para Miranda, deve ser considerado que o estudo dos direitos fundamentais por gerações tem um carácter mais didático, para permitir a apreensão dos conteúdos e separar os momentos históricos que eles apresentaram. E faz tal ressalva para que não se considerem as gerações como se uma sucedesse à outra, deixando os direitos então obtidos para traz em detrimento dos novos. Na visão do autor, os direitos já conquistados continuam existindo e o seu entendimento é influenciado pelos novos direitos fundamentais.¹⁶⁸

Posto isso, deve-se compreender o que são direitos fundamentais e o que está compreendido dentro dos direitos fundamentais.¹⁶⁹

Inicia-se a explicação com uma citação de Robert A. Samek: “as noções dominantes de direitos fundamentais derivam da nossa ideologia libertária. Isso é corroborado pelo nosso viés individualista. Cada pessoa é tratada como um sujeito único de direitos que são garantidos contra uma comunidade essencialmente hostil”.¹⁷⁰ Os direitos fundamentais, sob tal esfera individualista, seriam os direitos que cada indivíduo possui e que devem ser garantidos pelo Estado. O conceito é definido desta forma, conforme Miranda:

Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.¹⁷¹

Dessa visão, pode-se inferir que somente são direitos fundamentais os constitucionalmente protegidos, isto é, não existindo Constituição que ampare tais direitos, esses não seriam constitucionais. Contudo, ressalta-se que não há necessidade de uma

¹⁶⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Vol. II. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p.30. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 12ª ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 45-52. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales**. Sevilla: Global Law Press, 2015. p. 188.

¹⁶⁸ MIRANDA, op. cit., loc. cit.

¹⁶⁹ Apesar do uso da denominação “direitos fundamentais” neste trabalho, cabe o destaque de que muitas expressões são utilizadas para a denominação dos mesmos direitos, como “direitos do homem”, “direitos humanos”, “direitos individuais”, conforme alerta Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, op. cit., p. 47).

¹⁷⁰ SAMEK, Robert A. Untrenching fundamental rights. **McGill Law Journal**, v. 27, p. 755-787, 1982. Base de dados HeinOnline. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Welcome>>. Acesso em: 10 ago. 2017. Tradução livre do original: “the prevalent notions of fundamental rights are derived from our libertarian ideology. This is borne out by their individualistic slant. Each person is treated as an atomic subject of rights which are guaranteed against an essentially hostile community”.

¹⁷¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Vol. II. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 9.

constituição escrita, formal (até para abrigar países que não a possuem), mas sim que existam materialmente. A questão que urge de tal conceito é se em países que possuem Constituição escrita os direitos fundamentais seriam somente os que estivessem no rol previsto constitucionalmente. Todavia, deve-se entender como negativa tal questão.

Para Sarlet, a conceituação de direitos fundamentais apresenta-se como um grande desafio, pois além da opção filosófica de cada autor, o que pode ser considerado fundamental em um país não necessariamente será em outro, o que abre um leque de opções muito grande para o conceito. Mas na tentativa de estabelecê-lo de qualquer forma, ainda que genericamente, o autor aduz que:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).¹⁷²

Destaca-se que em tal conceito é feita menção somente às “posições jurídicas concernentes às pessoas”, isto é, direitos fundamentais seriam somente os daqueles reconhecimentos constitucionalmente como seres humanos (mesmo constitucionalmente material, indo ao encontro da inteligência de Miranda). Contudo, talvez inspirados pelo direito fundamental ao meio ambiente, alguns doutrinadores já falem sobre “direitos fundamentais dos animais”.¹⁷³

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins compreendem os direitos fundamentais como “direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado”, determinando como finalidade dos direitos fundamentais a limitação do “exercício do poder estatal em face da liberdade individual”.¹⁷⁴

¹⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 12ª ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 78.

¹⁷³ Vide, dentre outros, NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. **Direitos fundamentais dos animais**: a construção jurídica de uma titularidade para além dos seres humanos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. 404p., do que se destaca da capa do livro a seguinte frase: “A bioética obrigando o jurista contemporâneo a enfrentar um novo sujeito de direito da era biocêntrica: o animal não humano”.

¹⁷⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 41.

Por fim, não se pode deixar de mencionar a visão de Robert Alexy e sua divisão em conceito formal, material e procedimental de direitos fundamentais. O conceito formal refere-se ao fato de serem considerados direitos fundamentais os que estão devidamente constitucionalizados, o catálogo de direitos constitucionais (com as vantagens e desvantagens de serem considerados direitos fundamentais os constantes no catálogo constitucional). Para o autor, de acordo com a doutrina de Carl Schmitt, o conceito material se refere aos direitos de liberdade, excluídos os direitos de proteção e os direitos sociais, mas, acima de tudo, o conceito material estaria ligado aos direitos humanos constitucionalizados. Por último, agregando elementos formais e materiais, há o conceito procedimental de direitos fundamentais, sendo as garantias do processo democrático, garantindo a competência e decisão sobre os direitos fundamentais a quem é competente, garantindo liberdades políticas e definindo o processo político democrático.¹⁷⁵

Ponto importante dos direitos fundamentais é a proibição do retrocesso. Dentro do pensamento exposto por Jorge Miranda neste trabalho, de que não há uma substituição de direitos de uma geração para a outra, mas sim uma relação de complementariedade, firma-se a base da proibição do retrocesso. Por essa teoria, o Estado não pode deixar de garantir quaisquer dos direitos fundamentais. O que foi conquistado permanecerá e os novos serão acrescidos ao rol dos direitos fundamentais, influenciando os anteriores, pois “é plenamente plausível e historicamente coerente compreender as conquistas sociais como algo que a sociedade não deve abrir mão”.¹⁷⁶ E essa frase também introduz outras características dos direitos em análise: a inalienabilidade e a indisponibilidade. Se não posso abrir mão dos direitos conquistados, por óbvio não posso alienar e muito menos renunciar.

Os direitos fundamentais são, dessa forma, protegidos contra eventuais diminuições legais ou mesmo administrativas. De acordo com a Constituição brasileira, é proibida a supressão dos direitos e garantias individuais, proibição do retrocesso em si. Por legal entende-se que não poderá existir emenda constitucional ou norma infraconstitucional que suprima direitos. Administrativamente, refere que a Administração não poderia excluir um benefício sem substituir por outro semelhante. Isso corrobora o exposto de não se poder extinguir uma política pública de Estado, mas somente substituí-la por outra.

¹⁷⁵ ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Trad. de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 21-31. (Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, nº 28).

¹⁷⁶ BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional das políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013. 368p. p. 180.

Existiriam outros aspectos sobre os direitos fundamentais a serem tratados e, como dito, os pontos acarretariam outro trabalho, mas por questões metodológicas irão aparecer ao longo do texto para explicar um ou outro ponto da matéria. Isso porque, para os fins deste trabalho, serão avaliados principalmente os direitos sociais e os direitos fundamentais sociais (tendo em vista a divisão da doutrina).

Alexy classifica os direitos fundamentais como (1) direitos a algo (ações negativas – não embaraço de ações, não afetação de características e situações e não eliminação de posições jurídicas – e ações positivas – fáticas e normativas); (2) liberdades e (3) competências. As ações negativas e positivas são as omissões e ações que o Estado deve ter em relação ao administrado. O direito à liberdade determina que o Estado “não embarace o titular da liberdade no fazer aquilo para o qual ele é constitucionalmente livre”. Por fim, as competências são direitos de ações que são determinadas em regras que concedem tal direito de ação.¹⁷⁷

Essa classificação de Alexy é assim apresentada por Jorge Reis Novais:

[...] uma classificação tripartida entre direitos a alguma coisa (enquanto pretensões individuais a ações ou omissões por parte do Estado), liberdades (enquanto alternativa de comportamento, faculdade de o seu titular fazer ou não fazer) e competências (enquanto possibilidade de o seu titular alterar a situação jurídica através de ações próprias).¹⁷⁸

Sob outro viés, Novais divide os direitos fundamentais em direitos de liberdade e direitos sociais.¹⁷⁹ Porém, há divergência doutrinária sobre se os direitos sociais são direitos fundamentais ou não. A doutrina divide-se entre os que permitem a existência de direitos fundamentais sociais e os que não o fazem, tendo em vista a opção topográfica do legislador constitucional brasileiro. A divergência doutrinária da matéria é apresentada por Torres, que assim apresenta as teses das relações entre os direitos fundamentais e direitos sociais:

- a) a da simbiose dos direitos fundamentais com os sociais, defendida pelos socialistas e pelos adeptos da social-democracia;
- b) a da indivisibilidade dos direitos humanos, que compreenderiam os direitos fundamentais e os sociais, adotada pelas correntes favoráveis ao intervencionismo estatal e ao comunitarismo;

¹⁷⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva da 5ª Ed. alemã. 2ª ed. 5ª tir. Malheiros. São Paulo, 2017. Nome original: Theorie der Grundrechte. p. 193-234.

¹⁷⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 313. A expressão “a partir de dentro” também é utilizada por Virgílio Afonso da Silva. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 128.

¹⁷⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 132.

c) a da redução da jusfundamentalidade dos direitos sociais ao mínimo existencial, de corte liberal, que permite a translação da lógica, da retórica e da eficácia dos direitos da liberdade para os direitos fundamentais sociais em seu conteúdo essencial.¹⁸⁰

Na opinião do autor, as duas primeiras teses ou se dissolveram ou são tidas como utópicas, sendo utilizada, para afirmação dos direitos sociais, a última tese, a da redução da jusfundamentalidade dos direitos sociais ao mínimo existencial.¹⁸¹ Quanto aos que não entendem que tal “incorporação” dos sociais pelos fundamentais, a “fundamentalidade seria dos direitos sociais, mas não em direitos fundamentais”, sendo que essa fundamentalidade se restringiria ao mínimo existencial.¹⁸² E tais direitos fundamentais sociais são, nas palavras de Torres:

Os direitos sociais somente serão considerados fundamentais reduzidos ao mínimo existencial em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres.¹⁸³

Dessa forma, a utilização da denominação “direitos sociais” ou “direitos fundamentais sociais” parte da convicção do doutrinador, sendo que poderão ser utilizadas no mesmo sentido.

Rodríguez-Arana Muñoz vislumbra os direitos fundamentais sociais como direitos da pessoa, requerendo uma prestação positiva por parte do Estado, pois se a sociedade dispusesse de meios o suficiente para prover tais direitos a ação do Estado seria desnecessária, também podendo ser denominados direitos sociais fundamentais, visto que atingem a dignidade das condições de vida das pessoas.¹⁸⁴ Todavia, o mesmo autor faz a ressalva de que é necessário cuidar para que essas prestações não acabem transformando o Estado como um fim em si mesmo, como mero provedor: “esse conjunto de prestações estatais, que constituem o suporte básico do que se denomina Estado do Bem-Estar, não pode se tornar um fim em si mesmo”.¹⁸⁵ Lembre-se que no caso da Constituição brasileira, o direito à greve e à livre associação sindical estão contemplados nos direitos sociais, o que não é uma prestação positiva do Estado, mas sim um direito negativo. O entendimento do autor, no caso da classificação realizada por Torres, é de que os direitos fundamentais englobam os sociais, conforme se verifica no excerto abaixo:

¹⁸⁰ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 352p. p. 43.

¹⁸¹ Ibidem, p. 53.

¹⁸² Ibidem, p. 9.

¹⁸³ Ibidem, p. 41.

¹⁸⁴ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales**. Sevilla: Global Law Press, 2015. p. 363.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 132. Tradução livre do original: “este conjunto de prestaciones del Estado, que constituye el entramado básico de lo que se denomina Estado del bienestar, no puede tomarse como un fin en sí mismo”.

Os direitos fundamentais são uma categoria única, compreendem uma unidade jurídica em que há direitos de ordem individual e direitos sociais. Quer dizer, os direitos fundamentais são direitos multifuncionais, plurifuncionais, pois assumem funções de defesa, proteção e prestação de acordo com os casos e situações, mas no mesmo regime jurídico.¹⁸⁶

Com o mesmo entendimento, destaca-se Sarlet:

Partindo do pressuposto de que na Constituição Federal, a despeito de alguma resistência por parte de setores da doutrina e da jurisprudência, os direitos sociais são direitos fundamentais, estando, em princípio, sujeitos ao mesmo regime jurídico dos demais direitos fundamentais.¹⁸⁷

Os direitos sociais, ao contrário dos direitos de liberdade, não têm uma função de agir por parte do Estado (de respeito, de não intervenção), mas sim de exigir (como visto anteriormente, são prestações de crédito, tendo em vista que o indivíduo se torna credor das prestações estatais). Ressalva-se, com base nesse “direito creditício”, que as prestações sociais em um sentido lato não podem ser impostas aos indivíduos, tendo essas um caráter de faculdade de uso por parte da sociedade (diz-se “em sentido lato” porque existem discussões sobre a possibilidade de obrigar pessoas a tratamentos médicos que por objeção de consciência não desejam fazer, como as professoras da religião de Testemunhas de Jeová).¹⁸⁸ Na mesma senda, encontram-se o direito à greve (art. 9º) e o da associação sindical (art. 8º), constantes na Constituição Federal no capítulo dos direitos sociais.

Para José Afonso da Silva, direitos sociais são:

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.¹⁸⁹

¹⁸⁶ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales**. Sevilla: Global Law Press, 2015. p. 62. Tradução livre do original: “los derechos fundamentales son una única categoría, conforman un todo jurídico en el que hay derechos de orden individual y derechos sociales. Es decir, los derechos fundamentales son derechos multifuncionales, plurifuncionales, pues asumen funciones de defensa, protección y prestación según los casos y situaciones, pero en el marco del mismo régimen jurídico”.

¹⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4ª. ed. rev. Atual. São Paulo : Saraiva, 2016. p. 598.

¹⁸⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Vol. II. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 30.

¹⁸⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 39ª ed., rev. E atual. até a Emenda Constitucional n. 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. 936 p. p. 288-289.

Os direitos sociais estariam a garantir, “no maior grau possível, as necessidades materiais de seus cidadãos, proporcionando-lhes moradia, saúde, educação, lazer e cultura – *the good life*”.¹⁹⁰ Traduz-se a expressão “*the good life*” como visão do bem-estar social. Mister é vislumbrar a forma com que o Estado irá prestar esse nível de vida – *good life*: os direitos sociais. Poderão esses ser efetivados com políticas públicas, prestação de serviços públicos, incentivos para instituições (como a imunidade de impostos para instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos) ou, até mesmo, por intermédio de serviços públicos. Dessa forma, haveria uma classificação de gênero e espécie, sendo os direitos sociais gêneros e as políticas públicas, incentivos e serviços públicos as espécies.¹⁹¹

Com relação à aplicabilidade dos direitos sociais, por serem direitos fundamentais, Sarlet entende que “a exemplo das demais normas de direito fundamental, as normas consagradoras de direitos sociais possuem aplicabilidade direta”.¹⁹²

Como visto, e como adverte Ana Caroline Lopes Olsen, grande parte dos doutrinadores já tem o entendimento nessa senda, embora existam divergências doutrinárias que consideram os direitos sociais como normas programáticas, alertando, por óbvio, que isso comprometeria a justiciabilidade destes direitos.¹⁹³

Um autor que faz o contraponto é Silva, que possui o entendimento de que os direitos sociais são normas programáticas, como se verifica quando o autor leciona que essas “traduzem os elementos socioideológicos da Constituição, onde se acham os direitos sociais, tomada, aqui, a expressão direitos sociais num sentido abrangente também dos econômicos e culturais”, bem como que elas “se localizam, como vimos, entre as de eficácia limitada”.¹⁹⁴ Sobre normas de eficácia limitada, cabe ressaltar a didática do autor sobre a distinção das normas constitucionais em: (i) normas de eficácia plena, de aplicabilidade direta, imediata e integral, não necessitando de regulamentação por parte do legislador; (ii) as normas de eficácia contida, de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, por estarem sujeitas à restrições determinadas, ou dependentes de regulamentação que limite a eficácia e aplicabilidade (isto é, normas eficazes na sua plenitude, mas que possibilitam a interferência do legislador para regular a sua

¹⁹⁰ MAURÍCIO JR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**: a intervenção judicial em políticas públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 311p. p. 52-53.

¹⁹¹ BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional das políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013. 368p. p. 66-69.

¹⁹² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4ª. ed. rev. Atual. São Paulo : Saraiva, 2016. p. 598.

¹⁹³ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. 1ª ed. (ano 2008), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 97.

¹⁹⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 136.

aplicação); e iii) normas de eficácia limitada ou reduzida, de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, necessitando de regulamentação jurídica para a plena eficácia.¹⁹⁵ A menção sobre a discussão da fundamentabilidade ou não das normas de direitos sociais é importante para que, no futuro, possa se verificar potencial ativismo judicial nas decisões que concedem direitos sociais. Sobre o possível caráter programático das normas sociais, vislumbra-se o pensamento de Passos:

As normas constitucionais programáticas são aquelas que veiculam políticas públicas ou programas de governo. São típicas de Constituições sociais, tais como a brasileira, pois traduzem a pretensão de cumprir os anseios reconstrutivistas e emancipatórios de uma sociedade marcada por uma profunda desigualdade social.¹⁹⁶

Assim, sendo normas que traduziriam políticas públicas ou programas de governo, estabelecem princípios gerais que deverão conduzir a postura de uma boa Administração Pública para uma efetiva prestação dos direitos sociais positivos.¹⁹⁷

Por fim, deixa-se evidenciado que as políticas públicas “constituem linhas de ação coletiva que concretizam os direitos fundamentais declarados e garantidos na Constituição” e “se espraiam por diferentes setores [...] todas particularmente ligadas aos direitos e garantias fundamentais”.¹⁹⁸

As políticas públicas relacionadas aos direitos fundamentais podem ser divididas em duas categorias distintas, submetidas a regimes de controle diferenciados, que serão definidas de acordo com a sua vocação para a materialização do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), o qual foi identificado como pilar do sistema de direitos fundamentais posto em vigor pela atual Constituição brasileira. O primeiro grupo é composto das políticas públicas que dizem respeito ao adimplemento concreto do mínimo existencial, aqui denominadas políticas públicas constitucionais essenciais. Por sua vez, políticas públicas

¹⁹⁵ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 81-82.

¹⁹⁶ PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nos políticas públicas**: o problema da legitimidade. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 54.

¹⁹⁷ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales**. Sevilla: Global Law Press, 2015. p. 598. “A boa Administração Pública é um direito de natureza fundamental do cidadão, segundo o qual se pode facilitar o exercício dos direitos fundamentais sociais, direitos fundamentais diretamente vinculados à existência de prestações concretas que os poderes públicos devem executar”. Tradução livre do original: “La buena Administración pública es un derecho ciudadano de naturaleza fundamental através del cual se puede facilitar el ejercicio de los derechos sociales fundamentales, derechos fundamentales directamente vinculados a la existencia de prestaciones concretas que deben realizar los Poderes públicos”.

¹⁹⁸ SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 87.

ditas não essenciais são aquelas relacionadas à área não nuclear dos princípios fundamentais previstos na Constituição.¹⁹⁹

Tendo em vista o entendimento de Torres (“Os direitos sociais somente serão considerados fundamentais reduzidos ao mínimo existencial”) exposto anteriormente e sobre a existência de políticas públicas constitucionais essenciais com a finalidade de atender ao mínimo existencial, far-se-á um estudo sobre esse tópico.

1.5 O mínimo existencial como fundamento para as políticas públicas

A construção teórica do mínimo existencial iniciou-se no âmbito do Direito alemão, provocada pela inexistência de direitos sociais na Carta Magna alemã. Dessa forma, o Tribunal Constitucional Federal desenvolveu linha doutrinária reconhecendo direitos sociais com base no princípio da dignidade da pessoa humana, bem como no direito à vida e à integridade física.²⁰⁰ Seria coincidente com os direitos fundamentais em seu núcleo essencial, conforme outrora destacado.²⁰¹

O mínimo existencial tem primordial importância para o conceito de cidadania: é pressuposto para que todo e qualquer indivíduo se sinta cidadão, membro da sociedade que forma o Estado, compondo o materialmente essencial para que o ser humano possa gozar de seus direitos individuais, e fazendo, portanto, parte dos direitos fundamentais.²⁰²

Nesse sentido, Felipe de Melo Fonte afirma que o mínimo existencial busca preservar a liberdade e a dignidade do indivíduo, o que compreende, por exemplo, a possibilidade de participação nas decisões públicas – o que, por óbvio, faz parte da cidadania.²⁰³ Não há como garantir a participação popular nas decisões da nação se não houver a garantia por parte do Estado de condições mínimas de (sobre)vivência dos seus cidadãos. A autodeterminação

¹⁹⁹ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 209.

²⁰⁰ Ibidem, p. 210-211.

²⁰¹ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 352p. p. 9. Para Andreas Krell "A teoria engenhosa que liga a prestação do 'mínimo social' aos Direitos Fundamentais de liberdade (primeira geração) é fruto da doutrina alemã pós-guerra que tinha de superar a ausência de qualquer Direito Fundamental Social na Carta de Bonn, sendo baseada na função de estreita normatividade e jurisdicionalidade do texto constitucional". KRELL, Andreas Joaquim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 60.

²⁰² TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: MELLO, Celso de Albuquerque et al. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 264. BITENCOURT, 2013, p. 115. Também BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional das políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013. 368p. p. 115.

²⁰³ FONTE, op. cit., p. 215.

através da participação direta ou indireta do povo nos rumos do Estado-nação somente pode ocorrer se as pessoas tiverem a sua dignidade preservada. Acima de tudo, a questão diz respeito ao pertencimento ao Estado, ao fazer parte de uma sociedade, ao estar vinculado à comunidade, seja nacional, seja local. Assim, o fundamento do mínimo existencial está na própria concepção de cidadania, na liberdade, no exercício e na dignidade da pessoa humana, abrangendo, como visto, de acordo com a posição doutrinária, conteúdos na sua origem não constitucionais.²⁰⁴

Sarlet relaciona o mínimo existencial com a democracia, pois seria uma condição para a democracia e, ao mesmo tempo, limite desta. O autor afirma que o mínimo existencial pode ser visto de forma mais restrita (mínimo de condições para sobreviver) ou mais ampliada (“participação na vida política e cultural”).²⁰⁵

Dessa forma, o mínimo existencial pode ser considerado como o básico de condições para a subsistência, tanto material quanto social. Pode-se entendê-lo, então, como a manutenção do mínimo para uma existência digna. Poder-se-ia afirmar até que os indivíduos sem o mínimo existencial não fariam parte da sociedade; não seriam cidadãos; estariam, sim, à margem social.²⁰⁶ De acordo com Luís Roberto Barroso, o mínimo existencial “expressa o conjunto de condições materiais essenciais elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa”.²⁰⁷

Com relação à existência humana, o mínimo existencial deve ser diferenciado de um “mínimo de sobrevivência ou piso vital mínimo”, pois estes devem garantir que a pessoa possa viver fisicamente e aquele que a pessoa possa viver com dignidade.²⁰⁸ Não se busca somente a garantia da vida do administrado, mas também que ele possa viver com dignidade, podendo exercer a sua cidadania.

²⁰⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 352p. p. 13. Para Ana Caroline Lopes Olsen, “o princípio da dignidade da pessoa humana faz referência a direitos que coloquem os seres humanos em patamar de igualdade entre si, que lhe garantam o sustento, o acesso ao conhecimento necessário para a livre manifestação do seu pensamento e para a luta pelos seus interesses”. OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. 1ª ed. (ano 2008), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 46.

²⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 01, p. 29-44, dez. 2013..

²⁰⁶ UNITED NATIONS. **Economic and Social Council**. Statement of commitment of the Administrative Committee on Coordination for action to eradicate poverty. New York, 6-31 jul. 1998. p. 1. Disponível em: <<http://www.unsceb.org/CEBPublicFiles/press/9818151e.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

²⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 202.

²⁰⁸ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 122. No mesmo sentido RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales**. Sevilla: Global Law Press, 2015. p. 363.

O conceito de mínimo existencial não é recente. Na sua essência, já é previsto desde a assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), marco na história mundial dos direitos humanos, quando, no artigo 25, letra 1, estabelece ser direito dos seres humanos um “nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar”, *in verbis*:

Todos possuem o direito a um adequado padrão de vida de saúde e bem-estar social individual e familiar, incluindo alimentação, vestuário, habitação e assistência médica e serviços sociais indispensáveis, e o direito à segurança no caso de desemprego, doença, deficiência, viuvez, velhice ou outra falta de condições de manter a subsistência em circunstâncias fora de seu controle.²⁰⁹

O mínimo existencial, de acordo com a doutrina, integra o conceito de direitos fundamentais (assim relacionados na DUDH), ao se consubstanciar no direito às condições mínimas de existência humana digna, possuindo ponto de vista objetivo (conteúdo essencial dos direitos fundamentais, universal) ou subjetivo (por tocar a quem esteja abaixo da linha da pobreza), isto é, prover a dignidade da pessoa humana.²¹⁰

No mesmo sentido, para Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, como mínimo existencial entende-se o “compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável [...] núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais”.²¹¹ O princípio da dignidade humana tem o importante papel de conferir unidade de sentido ao sistema de direitos fundamentais, sendo certo que estes se ancoram naquela, isto é, existem em função da necessidade de se garantir a dignidade do ser humano.²¹²

Para Torres, é um direito de dupla face pois

[...] aparece como direito subjetivo e também como norma objetiva e compreende os direitos fundamentais originários (direitos de liberdade) e os direitos fundamentais sociais, todos em sua expressão essencial mínima e irreduzível.²¹³

²⁰⁹ UNITED NATIONS. **The Universal Declaration of Human Rights**. Genebra, 8 dez. 1948. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217\(III\)&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217(III)&Lang=E)>. Acesso em: 22 jun. 2016. Tradução livre do original: “Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control”.

²¹⁰ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 352p. p. 35-36.

²¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 25.

²¹² FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 128.

²¹³ *Ibidem*, p. 37.

Ainda conforme o autor:

O mínimo não é um valor nem um princípio jurídico, mas o conteúdo essencial dos direitos fundamentais [...]. Nada obstante, está impregnado pelos valores e princípios jurídicos dos mais relevantes. [...] o mínimo existencial se deixa tocar e imantar permanentemente pelos valores da liberdade, da justiça, da igualdade e da solidariedade.²¹⁴

A dupla face clarifica as formas positiva e negativa do mínimo existencial. Na sua forma positiva, trata das prestações exigidas pelo Estado para assegurar o mínimo à população. Na visão negativa, refere-se a uma tributação que não atinja a esfera de liberdade do indivíduo, isto é, que não exija do administrado uma contribuição que venha a privá-lo das condições mínimas de vida.²¹⁵ Os direitos sociais somente serão considerados fundamentais reduzidos ao mínimo existencial nesse duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres. Segundo Torres, trata-se de assegurar o *status positivus libertatis*.²¹⁶ Destaca-se a universalidade do mínimo existencial: a vedação à cobrança exorbitante de tributo deve recair sobre toda a coletividade e não apenas em relação aos mais necessitados. Se não há tributação para bens de consumo básicos (de acordo com o próprio princípio da seletividade do Direito Tributário), não há para toda a universalidade do povo e não para apenas uma parcela da população. O mínimo existencial protegido é o do conjunto do povo, sem qualquer tipo de discriminação de renda, pois acima da renda de cada indivíduo está a necessidade da subsistência básica ser garantida.

O instituto em análise tem importância muito grande na atualidade, sendo confundido com a pobreza, buscando uma vida “sem que a faixa limítrofe do estado pessoal de subsistência seja desrespeitada”.²¹⁷ Destaca-se que, anteriormente, os pobres não tinham a imunidade tributária que hoje possuem, pois era característica do Estado Patrimonial esta ausência, alterando sua posição a partir do Iluminismo e do Liberalismo.²¹⁸ Há de se destacar, para que

²¹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 352p., 352p. p. 83.

²¹⁵ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 182.

²¹⁶ TORRES, op. cit., p. 41.

²¹⁷ LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial**: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade. 2. ed. ver. e atual. Curitiba: Juruá, 2016. p. 98.

²¹⁸ TORRES, op. cit., p. 3-6. Conforme o autor, a imunidade fiscal também pode se estender às taxas. No caso brasileiro, vide lei federal nº 9.534, de 10 de dezembro de 1997, que alterou as leis federais nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e lei federal nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, isentando de pagamento os reconhecidamente pobres de certidões nos registros civis (BRASIL. **Lei Federal nº 9.534**, de 10 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19534.htm>. Acesso em: 5 fev. 2018).

sejam evitadas confusões com a legislação brasileira, que as imunidades são previstas constitucionalmente, mas não consta, por exemplo, imunidade para a cesta básica, sendo o benefício de redução de base de cálculo e isenções concedidos pelos Estados individualmente baseados em convênios perante o Conselho Nacional de Política Fazendária, mas sendo necessária norma regulamentando o tema.²¹⁹

Frisa-se que a extensão do mínimo existencial se altera de país para país (e, por que não dizer, de comunidade para comunidade) e também varia de acordo com aspectos históricos. Por exemplo, nos países em desenvolvimento os direitos fundamentais e o mínimo existencial “têm uma extensão maior do que nas nações ricas, pela necessidade da proteção estatal aos bens essenciais à sobrevivência das nações miseráveis”.²²⁰ Logo, verifica-se que poderá haver uma gradação dos direitos fundamentais e do mínimo existencial dependendo do grau de desenvolvimento econômico do país. Antes que se possa pensar que isso pode dar guarida a eventual retrocesso aos direitos fundamentais, deve-se destacar a lição de Torres, segundo o qual “a maximização do mínimo existencial acarreta logicamente a minimização dos direitos sociais em sua extensão, mas não em sua profundidade”.²²¹

Não há uma quantificação acerca do mínimo existencial, ficando tal conteúdo e caracterização dentro de uma visão indeterminada.²²² Quer dizer, não se pode garantir o que

²¹⁹ Como a lei estadual nº 8.820, de 2017 de janeiro de 1989, do estado do Rio Grande do Sul (RIO GRANDE DO SUL. **Lei Estadual nº 8.820**, de 2017 de janeiro de 1989. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repLegisComp/Lei%20n%C2%BA%2008.820.pdf>>. Acesso em: 5 fev. 2018).

²²⁰ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 352p. p. 122. Para John Rawls, “o senso comum pode contentar-se em dizer que o nível correto depende da riqueza média do país e que, em circunstâncias iguais, o mínimo deve ser mais alto quando essa média aumenta” (RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 314-315).

²²¹ TORRES, op. cit., p. 121.

²²² Conforme Donald C. Hubin: “A tarefa de determinar um mínimo aceitável é complicada pelo fato de que tal nível é essencialmente ligado à riqueza da sociedade. Isso não é transformar o conceito em uma avaliação moral. O ‘mínimo aceitável’ não é para ser entendido como um mínimo aceitável moralmente. A sociedade que garante para cada um de seus membros um mínimo aceitável de benefícios e serviços (no sentido relevante aqui) pode ainda ser imoral na distribuição desses; e essa imoralidade pode consistir precisamente em quão pouco ele garante aos necessitados. Em vez disso, do ponto de vista da qualidade de vida individual parece razoável avaliar uma distribuição menor de riqueza, precisamente porque outros estão recebendo muito mais”. Tradução livre do original: “The task of determining an acceptable minimum is complicated by the fact that such a level is essentially tied to the wealth of a society. This is not to turn the concept into one of moral evaluation. ‘Acceptable minimum’ is not to be understood as a morally acceptable minimum. A society that grants to each of its members an acceptable minimum of goods and services (in the sense relevant here) may yet be quite immoral in its distribution of these things; and its immorality may consist precisely in how little it grants to the worst-off. Rather, from the standpoint of the quality of an individual life it seems reasonable to value a certain share of wealth less, precisely because others are receiving so much more”. (HUBIN, Donald C. Scarcity and the demands of Justice. **Capital University Law Review**, v. 18, p. 185-199, 1989. Base de dados HeinOnline. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/capulr18&div=19&id=&page=>>. Acesso em: 5 fev. 2017. p. 187).

seja o mínimo existencial em termos pecuniários ou de prestações estatais. Vejamos exemplos que demonstram a incapacidade de se definir um parâmetro na questão da pobreza e miserabilidade.

Conforme a Constituição Federal, em seu art. 7º, IV, o salário mínimo deverá ser “capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”. Destaca-se que grande parte dos itens que o salário mínimo irá cobrir estão relacionados no art. 6º e podem ser considerados como integrantes do mínimo existencial (tais como alimentação, moradia, saúde, higiene). Ainda, a própria concepção de salário mínimo visa a “atender às suas necessidades básicas vitais”, o que pode corresponder, em termos teóricos, ao conceito de mínimo existencial. Em termos pecuniários, o salário mínimo no ano de 2018 foi definido em R\$ 954,00 (novecentos e cinquenta e quatro reais).

Para o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE), o salário mínimo necessário, entendido como aquele para “atender as necessidades básicas do trabalhador e de sua família e cujo valor é único para todo o país”, utilizando para o cálculo o “Decreto lei nº 399, que estabelece que o gasto com alimentação de um trabalhador adulto não pode ser inferior ao custo da Cesta Básica de Alimentos”, sendo “estimativa do que deveria ser o salário mínimo vigente”, no mês de agosto de 2017 equivaleria a R\$ 3.744,83 (três mil setecentos e quarenta e quatro reais e oitenta e três centavos) para uma família formada por 2 (dois) adultos e 2 (duas) crianças.²²³

Com relação a programas assistenciais, analisa-se o conteúdo de dois destes. O Benefício da Prestação Continuada (BPC) determinado pelo art. 203, V, da Constituição Federal e pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS – Lei Federal nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993) garante um salário mínimo mensal ao idoso com 65 anos ou mais ou à pessoa com deficiência de qualquer idade. Para a sua percepção, é necessário que a renda por pessoa do grupo familiar seja menor que $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo vigente. Aqui temos duas formas de pensar o mínimo existencial. Primeiro, o equivalente ao salário mínimo, haja vista a sua equiparação ao valor do BPC, o que é coerente com a disposição constitucional. Segundo, o correspondente a $\frac{1}{4}$ (um quarto) da referida quantia: o fato de o benefício ser alcançado apenas por aqueles cuja renda familiar é inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo

²²³ DIEESE - Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **Pesquisa nacional da Cesta Básica de Alimentos**: Salário mínimo nominal e necessário. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>>. Acesso em: 17 set. 2017.

vigente pode levar a inferir-se que tal numerário é o limite para a definição de pobreza, ou de um estado de necessidade.

Outro exemplo refere-se ao programa Bolsa Família, que é pago apenas a famílias extremamente pobres (renda mensal per capita de até R\$ 85,00 – oitenta e cinco reais). O benefício básico é de R\$ 85,00 (oitenta e cinco reais), além de um valor variável pelo número de crianças e adolescentes em idade escolar e com frequência escolar comprovada. Ainda dentro desse programa, há o Benefício para Superação da Extrema Pobreza, em valor calculado individualmente para cada família e pago às que, mesmo percebendo os benefícios do Bolsa Família, continuam com renda mensal per capita inferior a R\$ 85,00 (oitenta e cinco reais), sendo calculado nos casos particulares de cada uma delas. Aqui, a pobreza é definida por um valor fixo per capita. Tendo em vista que o benefício é de R\$ 85,00 (oitenta e cinco reais) e é pago a quem apresenta renda mensal de até o mesmo valor, pode-se deduzir que a quantia para se ter o mínimo existencial seria de R\$ 170,00 (cento e setenta).²²⁴

Já as Nações Unidas, dentro dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, busca, até 2030, erradicar a pobreza extrema, atualmente considerada como pessoas vivendo com menos de US\$ 1,25 (um dólar norte americano e vinte e cinco cents de dólar) por dia. Calculando-se o valor em reais, com base na cotação da taxa Ptax (média aritmética das taxas de compra e das taxas de venda dos boletins do dia, conforme Circulares nº 3.506, de 23 de setembro de 2010, e nº 3.537, de 25 de maio de 2011, ambas do Banco Central do Brasil), o resultado é de R\$ 118,02 (cento e dezoito reais e dois centavos).²²⁵

Torres afirma que “o imposto de renda não incide sobre o mínimo imprescindível à sobrevivência do declarante”, “podendo a imunidade se expressar sob a forma de isenção da faixa mínima de renda, abatimento para os filhos e de isenção para os velhos”. De acordo com a Receita Federal do Brasil, para o ano de 2017 estão isentos do pagamento de imposto de renda os rendimentos até R\$ 1.903,98 (um mil novecentos e três reais e noventa e oito centavos).²²⁶ Logo, de acordo com o esse entendimento, o *quantum* necessário para o indivíduo prover o próprio mínimo existencial é o valor da faixa de remuneração isenta.

²²⁴ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social. Disponível em <<http://mds.gov.br/assuntos/bolsa-familia/o-que-e/beneficios>>. Acesso em 1º de set. de 2017.

²²⁵ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Dólar americano. 2017. Disponível em: <<http://www4.bcb.gov.br/pec/taxas/batch/taxas.asp?id=txdolar>>. Acesso em: 1 set. 2017. Cotação de 31/08/2017: R\$ 3,1471 (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2017). Cálculo US\$ 1,25 x R\$ 3,1471 x 30 dias.

²²⁶ BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal. **IRPF (Imposto sobre a renda das pessoas físicas)**. 2017. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/aceso-rapido/tributos/irpf-imposto-de-renda-pessoa-fisica>>. Acesso em: 17 set. 2017.

Com relação às aplicações financeiras do Estado em saúde e educação, no caso da União Federal há a necessidade de aplicação mínima de 15% (quinze inteiros por cento) da receita corrente líquida em saúde (art. 198, § 2º, I, da Constituição Federal) e de 18% (dezoito inteiros por cento) em manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212, *caput*, da Constituição Federal). Disso restaria a questão de se o mínimo existencial a ser adimplido por parte do Estado, de forma obrigatória, equivaleria aos menores valores constitucionalmente previstos, pois se o Estado deve investir tal mínimo para manter as necessidades mínimas de cada administrado, poderiam tais percentuais obrigatórios ser a opção do legislador para garantir o mínimo de prestações positivas para cada indivíduo, isto é, a partir da mensuração do que compreenderia o mínimo existencial da população brasileira buscou-se garantir o custeio com base nos percentuais previstos.

Como visto acima, não existe parâmetro único para se determinar o que é o mínimo existencial de maneira concreta.

Nessa linha, Rafael José Nadin de Lazari entende, como se acompanhasse o argumento acima, que é difícil a verificação da possibilidade de quantificação do mínimo existencial, não apenas sob o aspecto matemático, mas sob pena de restringi-lo por demais.²²⁷ Ainda sobre a dificuldade acima exposta, Torres destaca algumas dificuldades:

O problema da quantificação do mínimo existencial e a possibilidade técnica de mensuração da qualidade de vida abrem o caminho para algumas questões candentes: a) o mínimo existencial vai deixando de exibir apenas a problemática ligada a aspectos qualitativos da definição de interesses fundamentais ou de jusfundamentalidade para se deixar envolver também pelos aspectos quantitativos de uma qualidade de vida mensurável; b) o Judiciário passa a examinar e controlar a face quantitativa do mínimo existencial, como ocorre com o limite da tabela do IR, imune ao tributo, que começa a escapar da discricionariedade do Legislativo.²²⁸

O que se vislumbra são aspectos qualitativos do mínimo existencial, o que compreenderia os constantes no art. 6º da Constituição Federal: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Pela possibilidade de surgirem novas gerações de direitos fundamentais que deem caráter de jusfundamentalidade aos direitos sociais, bem como pela mutabilidade do que pode ser considerado mínimo existencial, tais prestações não

²²⁷ LAZARI, Rafael José Nadin de. **Reserva do possível e mínimo existencial**: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade. 2ª ed. ver. e atual. Curitiba: Juruá, 2016. 224p. p. 157.

²²⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 352p. p. 124-125.

são estanques no tempo, podendo mudar – inclusive com a inserção de mais prestações/direitos no contexto do Direito Constitucional brasileiro (o que ocorreu em 2010 e 2015).

Dentro do *status positivus libertatis*, encontram-se o direito à seguridade social (o que inclui, conforme a Constituição, saúde, previdência e assistência social), educação, moradia e assistência jurídica. Com relação à saúde, existe a problemática de se determinar quais são os limites do mínimo existencial (obrigatoriedade de prestação positiva por parte do Estado) e quais as prestações que estariam no âmbito dos direitos sociais (dependente da existência de orçamento), ainda que a Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, tenha criado uma utópica prestação de direitos ilimitados à saúde (diz-se utópica porque se pode entender que todo e qualquer procedimento médico deve ser prestado aos cidadãos, o que não considera limitações do Estado).²²⁹

No entender de Eugênio Rosa de Araújo, a não garantia do mínimo existencial nos moldes estabelecidos na Constituição configuraria um “autêntico estado de barbárie”.²³⁰ Nesse entendimento, para a garantia de um Estado Democrático de Direito há a necessidade de se prover a sociedade com tais prestações, em seu caráter mínimo.

Conforme já referido, parte da doutrina emprega, para a referida definição, conceitos de pobreza e pobreza extrema. Outra parte adota uma visão mais ampla, ligada sobretudo ao exercício da democracia. Se a garantia do mínimo existencial não se limita à erradicação da pobreza extrema, certamente deve tê-la como ponto de partida para que depois seja possível avançar em direção a questões relacionadas à cidadania. E o combate à pobreza (e até mesmo à miséria) deve ser feito através de políticas públicas, que por óbvio protegerão eventuais direitos e condições de manutenção do mínimo aos cidadãos.²³¹

Aprofundando o tema sobre a diferença entre a pobreza e a pobreza extrema, Torres elucida que

Deve-se distinguir entre a pobreza absoluta (ou miséria) e a pobreza relativa, ao fito de determinar as consequências jurídicas ligadas a cada qual, eis que a pobreza absoluta desafia o *status positivus libertatis*, gerando a obrigatoriedade de prestação pública por parte do Estado e constituindo direito público subjetivo para o cidadão, enquanto a pobreza relativa carece da *interpositivo legislatoris* na alocação de verbas necessárias à entrega de prestações vinculadas aos direitos sociais.²³²

²²⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 352p. p. 241-269.

²³⁰ ARAÚJO, Eugênio Rosa de. **Economia & justiça: ativismo judicial na política monetária**. Niterói, RJ: Ímpetus, 2012. p. 134.

²³¹ TORRES, op. cit., p. 17.

²³² Ibidem, p. 20-21.

Ainda de acordo com o referido autor, “as pessoas possuem um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.²³³ Entretanto, tem-se que o direito às condições mínimas de existência humana deve ser objeto de intervenção do Estado, para que não se confunda com os direitos fundamentais individuais nos quais há uma prestação estatal negativa e tais objetos de intervenção recairiam justamente na não tributação do mínimo existencial. As políticas públicas, nesse caso, interviriam para que possam ser criadas condições de existir tal mínimo.

Como política pública para que a população possa obter recursos que garantam o mínimo existencial não estão somente as prestações positivas por parte do Estado (assistenciais). Também há políticas que visam ao desenvolvimento econômico, ou ao desenvolvimento nacional, utilizando-se os termos do art. 3º, II, da Constituição Federal, e que serão determinadas pela Administração Pública. O desenvolvimento econômico, entretanto, deve estar consoante o art. 1º, IV, da Constituição, cumprindo com os valores sociais do trabalho, não possibilitando apenas a percepção de renda apenas por alguns, mas beneficiando toda a sociedade ou comunidade na qual o desenvolvimento irá ocorrer. Cita-se, como exemplo, a concessão de benefícios fiscais para o desenvolvimento de determinadas regiões. Exemplo fático no ordenamento jurídico brasileiro é a Zona Franca de Manaus (ZFM). A região longínqua não demonstra atrativo para as empresas, tendo em vista a distância da cadeia de fornecedores e consumidores. A concessão de benefícios para empresas buscando a instalação na ZFM favorece toda a comunidade local. A maior oferta de empregos faz com que os cidadãos possam ter sua renda e, com isso, uma vida digna.

Conforme doutrina de Lazari, “em análise primeira, não deve o direito de trabalhar integrar o ‘mínimo’”. E argumenta tal fato por conta de que todo o direito de trabalhar exigiria “de imediato, uma contrapartida materializada na oferta de emprego pelo Estado ou pelo âmbito privado”.²³⁴ Todavia, a Constituição, ao dispor sobre a Ordem Econômica e Social, tem como princípio a busca do pleno emprego. Dessa forma, deve o Estado fomentar o mercado de trabalho; esse é o viés do mínimo existencial com relação ao emprego.

Além de tais pontos, para Araújo:

O trabalho é o meio, por excelência, de subsistência do ser humano e faz parte da sua personalidade. Valorizar o trabalho implica prestigiá-lo frente ao capital, criando as

²³³ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 352p. p. 8.

²³⁴ LAZARI, Rafael de. **Reserva do possível e mínimo existencial: A pretensão de Eficácia da Norma Constitucional em Face da Realidade**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 139.

condições necessárias para a garantia de influenciar as relações e condições de trabalho, por meio de uma remuneração justa, da proibição do trabalho escravo, da oferta de ambiente de trabalho sadio.²³⁵

E tal valorização é vista não somente nas políticas de desenvolvimento econômico, mas também em normativos que protegem o trabalhador, como o estabelecido na Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 – Lei de Falências (art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo permitir a manutenção do emprego dos trabalhadores) e o Programa Seguro-Emprego – Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015.

Destacam-se, por fim, em termos de políticas públicas para a garantia do mínimo existencial, além da tributação já explicada, a existência de um mínimo de aplicação em saúde²³⁶ e educação²³⁷ e, também, a possibilidade de criação, pelos Estados e Municípios, de Fundos de Combate à Pobreza²³⁸.

Com isso, finaliza-se o primeiro capítulo, passando-se agora ao estudo do fenômeno do ativismo judicial para, depois, avaliar a relação entre os pontos.

²³⁵ ARAÚJO, Rosa Eugênio de. **Economia & justiça**: ativismo judicial na política monetária. Niterói, RJ : Ímpetus, 2012. 300p. p. 127.

²³⁶ Constituição Federal, art. 198 (BRASIL. **Constituição**. 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 fev. 2018).

²³⁷ Constituição Federal, art. 212 (Ibidem). Apesar de ter uma ótica “drástica”, poderia comentar-se que o valor mínimo de aplicação de recursos na saúde e educação, coletivamente, é considerado como o adimplemento do mínimo existencial social. Se é determinado o cumprimento mínimo de tal percentual, pode-se deduzir que o constituindo considerou tal percentual como um *quantum* que corresponderia ao mínimo existencial.

²³⁸ Emenda constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000 (EC nº 31/2000), incluindo o art. 82, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Federal de 1988. Apesar de nesta constar expressamente “devem”, diz-se “possibilidade”, pois muitos entes federativos não criaram o fundo (BRASIL. **Emenda Constitucional nº 31**, de 14 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc31.htm>. Acesso em: 5 fev. 2018).

2. O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO-JURÍDICO DO ATIVISMO JUDICIAL

2.1 Os primórdios da *Judicial Review*

Antes de se avaliar os primórdios e a evolução da *Judicial Review* é necessário, por óbvio, apresentar uma ligeira conceituação. Como o conceito e entendimento acerca da matéria serão inteligíveis pela própria remissão histórica, expõe-se o conceito constante na *Gale Encyclopedia of American Law*, significando, a *Judicial Review*, “a competência da Corte de avaliar um ato do Executivo ou do Legislativo e invalidá-lo se esse for contrário aos princípios constitucionais”.¹ Logo, a *Judicial Review* é a competência dos tribunais para a análise de atos dos outros Poderes, invalidando-os no caso de alguma inconstitucionalidade, mantendo a supremacia constitucional no ordenamento jurídico.

A *Judicial Review* não é recente. De acordo com George P. Smith II, remonta ao ano de 1610, no julgamento do caso *Bonham*. Em 1606, Thomas Bonham, graduado pela Universidade de Cambridge, foi notificado pelo *Royal College of Physicians* para comparecer perante o presidente e os “censores” do estabelecimento e responder à acusação de praticar a medicina em Londres sem a devida graduação no *Royal College*. Por conta da não obtenção da graduação, foi multado e, pelo fato de continuar as suas atividades, foi preso por sete dias. No processo judicial, o *Royal College* alegou que os poderes de multar e de coagir fisicamente foram concedidos pelo Rei. Em sua decisão, o juiz Coke afirmou que atos do Rei e do Parlamento Inglês devem respeitar os ditames da *Common Law*. Por inferência, definiu que atos do Executivo e Legislativo podem ser objeto de judicialização e anulação por parte do Judiciário.²

Quase dois séculos depois, no ano de 1803, ao julgar o caso *Marbury vs. Madison*³, a Suprema Corte Norte-Americana decidiu que o *Judiciary Act* era inconstitucional, pois havia

¹ GALE ENCYCLOPEDIA of American Law: v. 14. **Dictionary of legal terms**. 3. ed. Farmington Hills: Gale, 2010. p. 129. Tradução livre do original: “A court’s authority to examine an executive or legislative act and to invalidate that act if it is contrary to constitutional principles”.

² SMITH II, George P. *Marbury v. Madison, Lord Coke and Dr. Bonham: Relics of the Past, Guidelines for the Present: Judicial Review in Transition?* **Puget Sound Law Review**, v. 2, p. 255-267, 1979. Disponível em: <<https://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1708&context=scholar>>. Acesso em: 31 jan. 2018. p. 256.

³ O caso *Marbury v. Madison* tratou acerca da nomeação de um juiz de paz. Tendo sido suspensa a posse pelo secretário de Estado James Madison (por ordem do presidente Thomas Jefferson), visto ter sido nomeado pelo então presidente John Adams, William Marbury impetrou medida judicial, com base no *Judiciary Act*, que determinou competência à Suprema Corte Norte-Americana para concessão de *writ of mandamus*. A *Supreme Court* afirmou em sua decisão que não poderia conceder o *writ* desejado pela parte autora, pois o *Judiciary Act* havia ampliado a competência prevista para a Corte, o que era incompatível com a Constituição.

ampliado sua competência para além das hipóteses previstas na Constituição. No caso, o órgão decidiu que o Tribunal não tinha jurisdição sobre o caso (por falta de disposição constitucional), todavia abordou o mérito, “revisando” a decisão política (de não empossar Marbury).⁴ Isso significa que a Suprema Corte entendeu que é cabível a revisão de atos políticos, com base em disposições constitucionais.

Christopher Wolfe divide a *Judicial Review*, nos Estados Unidos, em três grandes eras: tradicional, de transição e moderna.⁵ A primeira, conforme o autor, possui como característica o fato de se assumir a Carta Magna como inteligível e principiologicamente, com a supremacia da Constituição sobre qualquer ato legislativo ou do Poder Executivo. A era de transição é caracterizada pela prevalência do direito de propriedade, isto é, pela “aquiescência” com o liberalismo econômico (*laissez-faire* capitalista) e de proteção à intervenção estatal. É, por exemplo, o caso *Lochner vs. New York* (1905), contra a intervenção do Estado, limitando o tempo de trabalho em estabelecimentos comerciais. Nesse caso, a Suprema Corte Norte-Americana entendeu que não pode o Estado intervir na liberdade pessoal de estabelecer condições nos contratos de trabalho. Críticos dessa não intervenção do Judiciário entendem que o órgão extrapolou os ditames constitucionais na proteção dos direitos de propriedade e da liberdade econômica, destacando a influência do pensamento econômico da época, do Estado Mínimo, do capitalismo liberal. A terceira era, ou era moderna, deu-se, conforme o autor, mais abertamente a partir de 1937, entendendo-se que a *Judicial Review* “refletiu a vitória de uma compreensão moderna do poder judicial, possuindo esse, fundamentalmente, característica legislativa”.⁶ Tendo em vista tal entendimento, o engrandecimento do Poder Judiciário, após 1937, foi consequência natural, com a ampliação da respectiva participação na sociedade a partir de então. A Suprema Corte afirmou o seu poder em casos de liberdade de expressão e religiosa (por exemplo, *Brown vs. Board of Education* – 1954), mas também em casos envolvendo a intervenção estatal na economia. Essa preponderância e “intervenção” da Suprema Corte na sociedade foi influenciada pelo desenvolvimento da visão do *Welfare State* (Estado do Bem-Estar Social) e da visão de igualdade e respeito entre as pessoas, igualdade de gênero, raça, credo – fruto, por que não dizer, de um movimento mundial de valorização do ser humano pós-Segunda Guerra Mundial.

⁴ ROOSEVELT III, Kermit. **The myth of judicial activism: making sense of supreme court decisions.** New Haven: Yale University Press, 2006. p. 245.

⁵ WOLFE, Christopher. **The rise of modern Judicial Review: from judicial interpretation to judge-made law.** Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 1994. p. 3-11.

⁶ Tradução livre do original: “[...] reflected the victory of a distinctly modern understanding of judicial power as fundamentally legislative in character”.

A institucionalização do *Judicial Review*, com a possibilidade de revisão judicial dos atos de governo, contribuiu para a judicialização da política (ou politização do direito), pois aumentou o espectro de atuação do Poder Judiciário e, com isso, as esferas de conflito entre as pessoas, que antes ficavam restritas às arenas políticas, e passaram a se espalhar para a seara jurídica.⁷

Feitas tais observações iniciais sobre a revisão de atos pelo Poder Judiciário, analisar-se-á o neoconstitucionalismo, que delineou e engrandeceu o poder exercido pelo Judiciário, desaguando no ativismo judicial.

2.2 Neoconstitucionalismo e ascensão do Poder Judiciário

Não há um conceito definido sobre o que é neoconstitucionalismo. Ademais, não há sequer uma uniformidade na doutrina acerca do próprio nome, podendo se falar em neoconstitucionalismo, (neo)constitucionalismo, pós-positivismo, constitucionalismo contemporâneo e jus-constitucionalismo.

Acerca do conceito, como afirmado, não há consenso doutrinário, podendo ser caracterizado como o que se chama de Estado Constitucional e, também, uma teoria do Direito,⁸ ou, ainda, o fenômeno que explica a ocorrência relativamente recente desses dentro do Estado constitucional contemporâneo.⁹ Max Möller o define como uma mudança da cultura jurídica que provocou a consolidação da constitucionalização forte de muitos ordenamentos jurídicos.¹⁰ Sobre o seu objeto, Susanna Pozzolo indica ser a análise dos modernos ordenamentos jurídicos e democráticos do Ocidente.¹¹

Também é considerado “a superação em sentido tendencialmente jusnaturalista ou ético-objetivista do positivismo jurídico”.¹² Para Luís Prieto Sanchís, o neoconstitucionalismo possui três sentidos: um Estado de Direito, uma teoria do Direito (explicativa do Estado de

⁷ FERNANDES, Stanley Botti. Estado de Direito e ativismo judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi do (Coord.). **Estado de Direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 241.

⁸ CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 10.

⁹ Ibidem, p. 9.

¹⁰ MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 21.

¹¹ POZZOLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 188.

¹² FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13.

Direito) e uma ideologia (em favor do Estado de Direito).¹³ O neoconstitucionalismo surge e nega a tese juspositivista da separação entre direito e moral.¹⁴

Em algumas breves linhas acerca da dimensão que o neoconstitucionalismo alcançou, tem-se que esse movimento se dá através da passagem de um Estado de Direito Liberal para o Estado Democrático Constitucional de Direito (não se desconhece a existência dos Estado Social mas, consideradas as Constituições de Weimar e a mexicana, pode-se dizer que não houve a efetividade desejada, conforme visto no item 1.4). O primeiro garantia para os cidadãos a proteção negativa contra o Estado. Já o segundo vai além e incorpora obrigações ao Estado, ou seja, agrega às prestações negativas já existentes um comprometimento por parte do Estado. Saímos de um Estado Legislativo de Direito/positivismo jurídico para um Estado Constitucional de Direito/constitucionalismo rígido.¹⁵ Também, tal fenômeno (como citado por alguns autores), baliza a legislação, jurisprudência, doutrina, política e as relações sociais.¹⁶

O neoconstitucionalismo tem marco na vivência do pós-guerra, com a população mundial preocupada em relação às consequências das batalhas. Não se fará uma detalhada abordagem histórica, pois tal seria por deveras longa para o intuito deste trabalho, visto que o neoconstitucionalismo acabou por influenciar não somente uma determinada região, mas teve alcance mundial. A título de situar brevemente o contexto de influência histórica, valer-se-á do magistério de Ran Hirschl, que dividiu a constitucionalização pós-Segunda Guerra Mundial em seis tipos: (a) recuperação/reconstrução da guerra: movimento produto da reconstrução social e política após a Segunda Grande Guerra Mundial, tendo, como exemplos, as novas Cartas Japonesa (1946), Italiana (1948) e Alemã (1949), que constitucionalizaram direitos como o da dignidade da pessoa humana; (b) movimento de independência de colônias: em um cenário no qual se deve garantir aos princípios de liberdade, igualdade e fraternidade, enaltecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, frutos também do pós-guerra, não haveria porque existir povos sem a sua autodeterminação, ceifados de seus direitos, motivo pelo qual, nas Constituições das ex-colônias (grande parte britânicas e francesas), foram constitucionalizadas prestações ao cidadão, tendo, como exemplo, Índia (1950), Gana (1957), Nigéria (1959) e Quênia (1960); (c) transições para regimes democráticos: trata-se de um cenário de transição

¹³ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 122.

¹⁴ POZZOLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 188.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 15-18.

¹⁶ GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 49.

que atingiu os países que viviam em um estado de autoritarismo para uma democracia, ou de uma quase democracia para um amplo regime democrático, como a África do Sul (1993), Portugal (1976), Espanha (1978) e países da América Latina nos anos 80/90, dentre os quais o Brasil em 1988; (d) transições para regimes democráticos e, também, capitalistas: esse cenário de transição conjunta para um regime democrático e capitalista faz parte da transição dos outrora membros do bloco soviético, partindo tais Estados de um totalitarismo para um regime democrático, e de uma economia comunista para a de mercado, tendo como exemplos os países da ex-União Socialista das Repúblicas Soviéticas; (e) internalização de tratados internacionais: ocorre quando a constitucionalização dos direitos está associada à incorporação, pelo ordenamento jurídico do país, de normativos internacionais ou trans/supranacionais, tais como Tratados e Convenções, citando-se a incorporação ao ordenamento jurídica da Dinamarca (1993) e Suécia (1995) da Convenção Europeia de Direitos Humanos (destacando-se que os sistemas de proteção global, como a Organização das Nações Unidas – ONU, e os regionais não são excludentes), e o Ato de Direitos Humanos Inglês, que incorporou dentro das normas constitucionais inglesas determinações da Convenção Europeia de Direitos Humanos; e, por fim, (f) países sem transição aparente, onde não ocorreram mudanças na base política ou econômica após um movimento constitucionalista, como Canadá, Nova Zelândia e México.¹⁷

O Estado pós-Revolução Francesa foi sedimentado na proteção dos cidadãos contra os desmandos do Estado absolutista. Havia uma Constituição, com mero caráter formal, e a lei. A Constituição delineava os contornos do Estado e da proteção aos indivíduos. Entretanto, a efetivação de suas disposições era reservada à lei. E aos juízes cabia apenas a aplicação da lei, isto é, *dicere* a lei ao caso concreto.

No neoconstitucionalismo, a Constituição foi além dos pontos acima. Como norma, garante e protege os cidadãos da arbitrariedade estatal e afasta o legicentrismo, no qual o emprego dos normativos constitucionais competia às leis. A razão para tal mudança se deve à ascensão dos regimes totalitários na Europa: a partir do autoritarismo da lei, instituíram-se regimes que infringiram os mais básicos direitos dos homens, como os da vida, da dignidade e da felicidade, só para citar exemplos.¹⁸

Abandonou-se, dessa forma, um ordenamento no qual a Constituição trazia uma básica organização do Estado, “carta de intenções”, para uma Constituição eivada de princípios os

¹⁷ HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism.** Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 6-8.

¹⁸ MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. Ensaio sobre o neoconstitucionalismo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 13, n. 101, p. 489-517, out. 2011/jan. 2012. p. 491.

quais conferem um norte ao Estado na sua atuação, determinam programas de Estado, constitucionalizam direitos.¹⁹ Entretanto, ao contrário das Constituições do Estado Liberal de Direito, nas do Estado Democrático Constitucional de Direito, quando se afirma que são programas, não há a opção do parlamento de definir o que será efetivado ou não: os princípios e nortes da constituição são autoaplicáveis.

A inserção de princípios nas Constituições, de prestações negativas e positivas, traz não só uma organização do Estado, mas os direitos dos cidadãos e os deveres do Estado, com mais princípios do que regras. Esse aspecto é o que foi denominado por Humberto Ávila de fundamento normativo (das regras aos princípios).²⁰

A constitucionalização de direitos, com o incremento de prestações positivas por parte do Estado para além das previsões relativas à simples organização do Estado, determina um norte à atuação estatal, estabelecendo objetivos, e pressupõe, no entender de Ricardo Guastini, sete condições.²¹

A primeira é a existência de uma Constituição rígida, isto é, efetivamente formalizada em um texto próprio. Ademais, também deverá prever maneiras mais qualificadas para a sua alteração, em contraponto às dos normativos infraconstitucionais. Dentro desse aspecto, poderão (quicá deverão) haver vedações ao retrocesso, isto é, proibições de exclusão ou diminuição dos direitos instituídos constitucionalmente.

A segunda condição é a garantia jurisdicional da Constituição. De nada basta ter uma Constituição positivada se não houver a possibilidade de se questionar judicialmente eventual infringência aos seus dispositivos. Como afirma Hans Kelsen, a anulação do ato inconstitucional constitui a principal e mais eficaz garantia da Constituição.²²

Assim, para evitar que existam leis e atos contrários ao insculpido na Constituição, deve haver, por parte do Estado, por meio do Poder Judiciário, controle de constitucionalidade, o qual pode se dar de maneira concreta ou em abstrato.²³ Em singelas linhas, o primeiro se dá quando um juiz/tribunal realiza, no caso concreto, a análise sobre a constitucionalidade da

¹⁹ CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 10.

²⁰ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, p. 1-19, jan./mar. 2009. p. 3-7. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/neoconstitucionalismo-entre-a-ciencia-do-direito-e-o-direito-da-ciencia>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

²¹ GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 49-69.

²² KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional). **Revista Direito Público**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 90-130, jul./set. 2003. p. 107.

²³ Esse controle de constitucionalidade não advém do movimento neoconstitucional; isso é anterior, visto que desde 1803, nos Estados Unidos, já havia controle de constitucionalidade.

norma, afastando-a incidentalmente e, *contrario sensu*, um controle em abstrato se dá quando é feita a declaração de (in)constitucionalidade do normativo com eficácia *erga omnes*.

Essa forma de proteção da Constituição faz com que o foco do sistema constitucional se transfira do Poder Legislativo para o Judiciário. Confere, assim, maior importância ao Judiciário na aplicabilidade das disposições constitucionais.

Dentro da garantia jurisdicional, é também possível enquadrar a instituição de tribunais constitucionais (ou conselhos, como na França). Tais tribunais se encontrariam externos à clássica separação dos Poderes, isto é, estariam apartados da esfera dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Seriam tais órgãos guardiões da Constituição, pois, sem a sua instituição, não haveria o controle dos Poderes, possibilitando eventual retrocesso nos direitos e, também, permitindo aos administrados que se oponham a atos e normas supostamente contrários à Carta Magna.

A terceira condição é a existência de força vinculante da Constituição. A Constituição é suprema, vinculando todas as demais normas jurídicas, que não podem afrontá-la. É mister esclarecer que tal concepção não surgiu com o neoconstitucionalismo. Além dos casos *Marbury vs. Madison* e *Bonham*, já citados no início do tópico 1.1 sobre a primazia constitucional, ocorreram outras situações. Em 1892, na Grécia, o Tribunal de Primeira Instância de Atenas, na tradução de Dimitri Dimoulis, reconheceu que “[...] cada vez que os tribunais constatarem um claro conflito entre a Constituição e uma lei oriunda do poder legislativo ordinário, não podem considerar como derogada a Constituição imutável”.²⁴

Nessa linha, Kelsen, positivista clássico, já afirmava, antes da ascensão do neoconstitucionalismo, que:

Através das múltiplas transformações por que passou, a noção de Constituição conservou um núcleo permanente: a ideia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem [...]. Ela é a base indispensável das normas jurídicas que regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal.²⁵

Kelsen asseverava que, na hierarquia das normas, a Constituição ocupa o maior grau e define as normas jurídicas de caráter infraconstitucionais. Logo, o materialmente disposto na

²⁴ DIMOULIS, Dimitri. A introdução do controle de constitucionalidade difuso na Grécia. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 1, p. 213-223, jan./jun. 2003. p. 219. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/32>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

²⁵ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Pontes, 2003. p. 130.

Constituição deve vincular e balizar a edição dos demais normativos, hierarquicamente inferiores.²⁶

Conforme Guastini, entre as declarações de direitos constantes nas Constituições, constam princípios de aplicabilidade imediata, sem necessidade de concretização por parte do Parlamento, e de normas programáticas, que conferem aos indivíduos direitos de diversas dimensões constitucionais.²⁷ Dessa forma, a vinculação se dará, também, no caráter da aplicação direta e imediata do regramento constitucional.

Se, no Estado de Direito, a Constituição dependia de uma regulamentação posterior para produzir efeitos, a partir do neoconstitucionalismo direitos estabelecidos na Carta passaram a ser aplicados diretamente ao caso concreto, não necessitando de regramento específico infraconstitucional. O texto maior, então, deixa de ser mero documento de intenções, como ocorria no Estado de Direito, trazendo efetividade aos direitos, com a possibilidade de arguição direta pelos administrados.

Konrad Hesse já afirmava que a Constituição não é um “ser”, mas um “dever ser”, ela imprime “ordem e conformação à realidade política e social”.²⁸ Logo, a Constituição vincula as relações políticas e sociais.

A quarta condição é uma “sobreinterpretação” do texto constitucional. As Constituições de princípios, de normas gerais ou específicas não conseguem abarcar todas as situações possíveis da vida, todas as relações sociais e políticas. Dessa forma, pode-se afirmar que, em toda carta constitucional subsistem lacunas, situações e relações não previstas (como, para citar, no Brasil, o relacionamento homoafetivo).

A sobreinterpretação é a exegese ampliada, ou seja, a que possa ser utilizada em todos os fatos da vida, sem deixar vácuos de utilização. Das normas constantes na Carta, poderá se extrair um norte para a solução de conflitos na vida social, política, econômica, dentre outros. Além da aplicação direta (que se verá mais adiante) amplificada no mundo fático, também há a irradiação do constitucionalmente previsto às demais decisões legislativas, isto é, às normas infraconstitucionais. Nenhum ato/fato da vida deixa de ser regulado, aplicado e interpretado pela Constituição.

Ou, nas palavras de Guastini:

²⁶ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Pontes, 2003. p. 126.

²⁷ GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 52

²⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. (Título original: Die Normative Kraft der Verfassung). p. 24.

Por um lado (e é o principal neste contexto), os princípios não têm um campo de aplicação determinado de uma vez por todas: ao contrário, são capazes de gerar uma quantidade inumerável de normas posteriores. O resultado dessa postura interpretativa é, portanto, uma Constituição tendencialmente “completa”, é dizer, contendo normas idôneas para decidir qualquer controvérsia (especialmente qualquer controvérsia relativa à legitimidade das leis.²⁹

A quinta condição é a interpretação das leis conforme a Constituição. Essa condição é corolário da supremacia e da força vinculante da Constituição. Constitui um princípio de hermenêutica, segundo o qual todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado de acordo com as normas da Constituição. Assim, o neoconstitucionalismo reforça a visão kelseniana de que a Constituição é superior e está no ápice do sistema jurídico, mas que também passa a ser considerada como o centro do ordenamento. Singelo exemplo é a comparação da Constituição com o sistema solar, no qual o sol (Constituição) ilumina todos os demais planetas do sistema e, ainda, os mantém orbitando ao seu redor. É um tolo, mas didático exemplo acerca da posição e influência da Constituição.

As Constituições, banhadas de normas gerais, de princípios, de direitos fundamentais (todos de amplos conceitos, quiçá indeterminados), definem a interpretação das demais normas. Tanto os legisladores como os juízes devem, em seus atos e decisões, realizar a exegese de acordo com os direitos erigidos à categoria constitucional. Assim, o norte interpretativo é o constitucionalmente garantido, determinado. Ressalta-se que a interpretação de acordo com a Constituição não é somente realizada pelo órgão guardião da Constituição, mas também pelos juízes “ordinários”. Assim, e para ser sucinto, quando uma regra infraconstitucional infringe uma disposição constitucional, será inconstitucional.

A sexta condição é a aplicação direta da Constituição, estreitamente vinculada às condições terceira e quarta, pois não há como conceber uma aplicação direta sem a força vinculante e sem uma interpretação extensiva às relações sociais.³⁰ E ressalte-se, a aplicação direta não se dá somente em relações de natureza pública (Estado x sociedade), mas também nas relações de natureza privada (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), como já

²⁹ GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 63. Tradução livre do original “Por un lado (y es lo principal en este contexto), los principios no tienen un campo de aplicación determinado de una vez por todas: al contrario, son capaces de generar una cantidad innumerable de normas ulteriores. El resultado de esta postura interpretativa es, por lo tanto, una Constitución tendencialmente «completa», es decir, conteniendo normas idóneas para decidir cualquier controversia (especialmente, cualquier controversia relativa a la legitimidad constitucional de leyes)”.

³⁰ *Ibidem*, p. 56.

decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF).³¹ A propósito dessa última hipótese, Guastini menciona que a Constituição deve ser aplicada diretamente toda vez em que não se possa utilizar a lei para a decisão, por inexistir normativo específico ou quando a norma positivada for injusta (fórmula de Radbruch).³²

A sétima condição é a influência da Constituição sobre as relações políticas. O conceito de democracia não pode ser confundido com “ditadura da maioria” (democracia majoritária irrestrita), sob pena de macular direitos das minorias, tão presentes na sociedade. Logo, não há como existir uma democracia meramente majoritária, sem a defesa dos menos assistidos.

Tanto os tribunais constitucionais quanto os “ordinários” possuem legitimidade para estabelecer limites ao poder da maioria (política). Isso se dá, por exemplo, através da resolução dos conflitos de competência, da adoção – ou não – de *self-restraint* de questões políticas, do controle da discricionariedade e por meio de argumentos válidos (constitucionais) para justificar as ações políticas. Tudo se deve pelo fato de a Constituição ter força vinculante e do dever de os(as) políticos(as) pautarem-se por ela.

Toda Constituição (e seu controle) deve se traduzir em uma limitação da democracia (da maioria), tal como afirma Juan Carlos Bayón:

Alternativamente, se pretende um conceito melhor e mais diferenciado de democracia – para que ele inclua ou sugira direitos fundamentais –, não só haveria um conflito essencial entre ela (democracia) e constitucionalismo, mas esta seria a forma institucional de uma verdadeira democracia. E no que diz respeito, em segundo lugar, à justificação da revisão judicial de constitucionalidade, uma resposta verdadeiramente clássica [...] alega que, quando os juízes constitucionais invalidam decisões de um legislador democrático, não colocam de forma alguma o seu próprio critério por cima desses, senão se limitam a fazer valer aquelas decisões da vontade democrática mais fundamental do constituinte.³³

³¹ Por exemplo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 201.819**, Segunda Turma, Relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 11 de outubro de 2005. Data da publicação: 27 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1641534>>. Acesso em: 6 jan. 2018.

³² GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 55.

³³ BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y constitución. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 214-215. Tradução livre do original: “Alternativamente, si se maneja un concepto más rico y matizado de democracia -de manera que ésta incluya o presuponga ya derechos básicos-, no sólo no habría un conflicto esencial entre ella y el constitucionalismo, sino que éste sería la forma institucional de la genuína democracia. Y por lo que se refiere, em segundo lugar, a la justificación del control jurisdiccional de constitucionalidad, una respuesta verdaderamente clásica -tanto que se remonta a lo escrito por Hamilton en El Federalista y por el juez Marshall en *Marbury v. Madison*- es la que alega que cuando los jueces Constitucionales invalidan decisiones de un legislador democrático no ponen de ninguna manera su propio criterio por encima del de éste, sino que se limitan a hacer valer frente a aquellas decisiones la más fundamental voluntad democrática del constituyente”.

Logo, o princípio da maioria fica limitado pela Constituição, posto que essa é soberana. A democracia é constitucional e deve seguir o estatuído na Constituição. Finaliza-se o ponto citando Vanice Regina Lírio do Valle, que resume, de certo modo, a questão:

Esta condição cuida do fenômeno da judicialização da política, segundo o qual conflitos de natureza eminentemente política ou sobre temas morais profundamente controversos, bastante frequentes em sociedades democráticas, passam a ser resolvidos pelo Poder Judiciário com fundamento em normas constitucionais de conteúdo principiológico.³⁴

Por fim, Pozzolo ensina que o neoconstitucionalismo é o contraponto à doutrina positivista da separação entre direito e moral.³⁵

2.2.1 A teoria neoconstitucionalista no Brasil

No caso brasileiro, o surgimento da teoria neoconstitucionalista teve início após a Constituição de 1988, que, apesar de possuir mais regras do que princípios, em seu âmago, contém normas protetivas, eivadas de prescrições positivas ao Estado, com vedação ao retrocesso e cuja alteração demanda um rito legislativo mais formal do que para alteração da legislação ordinária. Contudo, não se pode olvidar que as Constituições anteriores já previam direitos dessa natureza. A própria “Constituição” de 1969³⁶, erigida em um dos momentos mais autoritários do Brasil, trazia, em seu bojo, obrigações à União, como “colônias de férias e clínicas de repouso, recuperação e convalescença” (art. 165, inciso XVIII).

A nova Carta Magna, democrática, regrou, como dito, uma diversidade enorme de situações, sendo considerada uma Constituição analítica (dentro da tradicional classificação das Constituições). Para citar alguns exemplos, disciplinou direitos fundamentais de diversas dimensões, com aplicabilidade imediata; concedeu maior destaque ao Poder Judiciário; estabeleceu critérios super-rígidos para alterações; instituiu cláusulas pétreas, com vedação ao retrocesso; criou novos remédios constitucionais e ampliou o rol de atores no controle abstrato de constitucionalidade.

³⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 105.

³⁵ POZZOLO, , Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 188.

³⁶ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm>. Acesso em 5 fev. 2018.

Em termos doutrinários, deve-se citar, para evitar injustiças, os livros de Paulo Bonavides (*Curso de Direito Constitucional*, 5ª edição) e de Eros Roberto Grau (*A ordem econômica na Constituição de 1988*). Todavia, Jair Soares de Oliveira Segundo entende como a proposição brasileira mais difundida a do Ministro Luiz Roberto Barroso (*Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*).³⁷

Daniel Sarmiento, ao comentar acerca da ascensão do neoconstitucionalismo no Brasil, afirma que o movimento se difundiu para as diversas ramificações do mundo jurídico. Disse que a doutrina passou a empregar “normas e valores constitucionais para reler os institutos tradicionais, colorindo-os com novas tintas”, bem como passou a “projetar sobre estes campos a influência dos direitos fundamentais e dos princípios mais gerais do nosso constitucionalismo, muitas vezes superando antigos dogmas e definindo novos paradigmas”.³⁸

Judicialmente, o Supremo Tribunal Federal (STF) enfrentou diversos temas nos quais se comprova tal mudança de paradigma. Cita-se a alteração do posicionamento da Excelsa Corte de passividade para maior atuação, a mudança da postura no controle de constitucionalidade do orçamento, a aplicação do Mandado de Injunção, o reconhecimento da união homoafetiva e a permissão de aborto de fetos anencefálicos e, mais hodiernamente, a decisão quanto ao rito do *impeachment*.³⁹

2.2.2 Consequências e críticas

Como consequência direta do neoconstitucionalismo temos as próprias condições de Guastini, como o protagonismo judicial, a perda do legicentrismo, a prevalência dos princípios e a constitucionalização dos direitos em todos os ramos.

Ainda, temos uma maior demanda aos tribunais (ainda mais ao STF), o que implica maior participação e atuação do Judiciário na vida da população. Tem-se, como exemplo, o quadro abaixo, retirado do site do STF, que demonstra o acréscimo de processos distribuídos

³⁷ OLIVEIRA SEGUNDO, Jair Soares de. **Hermenêutica constitucional: neoconstitucionalismo e mitologia jurídica no automatismo do juiz**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 73.

³⁸ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. p. 110-111. Disponível em: <<http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/15-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades-daniel-sarmiento.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2016.

³⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 240-274.

no Tribunal Constitucional com relação aos Agravos de Instrumentos (AI), Recursos Extraordinários (RE) e Recurso Extraordinário com Agravo (ARE).

Tabela 1 – Porcentagem de RE, AI e ARE em relação aos processos distribuídos (1990 a 2014)

Ano	Processos Distribuídos	%AI+RE+ARE/Total Distribuídos	% Outras Classes Distribuídas
2014	57.799	84,71%	15,29%
2013	27.528	79,54%	20,46%
2012	46.392	82,07%	17,93%
2011	38.109	77,62%	22,38%
2010	41.014	76,89%	23,11%
2009	42.729	76,41%	23,59%
2008	66.873	88,70%	11,30%
2007	112.938	94,40%	5,60%
2006	116.216	95,27%	4,73%
2005	79.577	93,21%	6,79%
2004	69.171	94,66%	5,34%
2003	109.965	97,30%	2,70%
2002	87.313	97,28%	2,72%
2001	89.574	97,34%	2,66%
2000	90.839	97,35%	2,65%
1999	54.437	95,44%	4,56%
1998	50.273	93,02%	6,98%
1997	34.289	92,46%	7,54%
1996	23.883	90,31%	9,69%
1995	25.385	90,60%	9,40%
1994	25.868	91,55%	8,45%
1993	23.525	91,93%	8,07%
1992	26.325	93,87%	6,13%
1991	17.567	90,50%	9,50%
1990	16.226	81,63%	18,37%
Total	1.373.815	90,00%	10,00%

Fonte: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Estatísticas do STF**. S/D. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuidoAnosAnteriores>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

Depreende-se, pois, que os jurisdicionados aumentaram a busca por manifestações do STF em sede de controle difuso. É importante registrar que o decréscimo verificado a partir de 2004 está relacionado com a edição da Emenda Constitucional nº 45, que instituiu a figura da Repercussão Geral, acarretando a diminuição da participação de AI/RE/ARE no total dos processos distribuídos. Ou seja, a referida diminuição não significa menor procura ao Judiciário.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, a população brasileira em 1991 era de 146,8 milhões de habitantes e, em 2010, de 190,7 milhões. De mera análise, vislumbra-se que, entre os anos de 1991 e 2010, a população variou 30%, enquanto os processos variaram 133%.⁴⁰ Isso demonstra a maior participação do Poder Judiciário na vida social, a ascensão na busca dos direitos dos cidadãos e, sua causa, a maior consciência da sociedade com relação aos direitos constitucionalmente estabelecidos.

Essas consequências até aqui aventadas serviram de fundamento para as críticas ao fenômeno/movimento. O protagonismo judicial e a prevalência das decisões e da jurisdição não são melhores do que as decisões legislativas. Conforme Gustavo Ferreira Santos, “os juízes, da mesma forma que os constituintes ou os legisladores, não gozam de qualidades extracotidianas que os coloquem acima da espécie humana, como seres iluminados e portadores da melhor razão”.⁴¹ Logo, não há afirmação ou comprovação de que os juízes possuam maior capacidade que os legisladores. Ademais, a conexão entre moral e direito pode fazer com que, nas decisões judiciais, prevaleçam não os anseios da sociedade, mas sim os do juiz da causa. A partir disso, pois, não há como entender o juiz como elemento imparcial, sem valores. Não se pode aceitar que o juiz, em suas decisões, não tenha como base o vivido até então. Ainda de acordo com Santos, “o juiz [...] não pode ser entendido como um elemento neutro”.⁴² Se, muitas vezes, os legisladores formalizam leis baseados no clamor popular, por que os juízes não julgariam de acordo com o mesmo clamor? Essa valoração judicial por parte dos juízes pode trazer insegurança jurídica, pois as sentenças não seriam uniformes, mas sim de acordo com os “sentimentos” de cada um dos julgadores. Dessa forma, ter-se-ia um espectro muito grande de interpretações.

Como exemplo de tal utilização, temos o depoimento do Ministro Luiz Fux ao projeto “Faculdade de Direito da UERJ – 70 anos de história e memória”, no qual afirma que “como magistrado, primeiro procuro ver qual é a solução justa. E depois, procuro uma roupagem jurídica para essa solução”.⁴³ Como se pode ver no depoimento do nobre julgador, incorre-se na formulação de decisões sem argumentação lógica, com a busca de argumentos a partir da decisão almejada. Poder-se-ia falar em logística jurídica reversa ou engenharia jurídica reversa?

⁴⁰ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Sinopse do censo demográfico 2010 – Brasil**. 2010. Disponível em: <<https://censo2010.ibge.gov.br/sinopse/index.php?dados=8>>. Acesso em: 6 fev. 2018.

⁴¹ SANTOS, Gustavo Ferreira. Neoconstitucionalismo e democracia. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 43, n. 172, p. 45-55, out./dez. 2006. p. 51.

⁴² Ibidem, loc. cit.

⁴³ FUX, Luis. **Depoimento ao projeto “Faculdade de Direito da UERJ - 70 anos de história e memória”**. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitouerj.org.br/2005/fdir70/depLF.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

Nas palavras de Sarmento, a “invocação frouxa e não fundamentada de princípios colide com a lógica do Estado Democrático de Direito”.⁴⁴ A ponderação se torna a escusa aceitável para a discricionariedade judicial, o que, como já afirmado, acarreta a insegurança jurídica.

Ademais, tem-se que o protagonismo judicial, a prevalência das decisões judicial é antidemocrática. Magistrados não são eleitos, não são julgadores oriundos de um sufrágio universal, ou seja, não estão lá por deliberação democrática, por escolha do povo. Dessa forma, poderia haver a sobreposição da vontade de um “não representante” do povo sobre os representantes do povo (Legislativo)? Se a Constituição Federal afirma que os Poderes serão independentes e harmônicos entre si, como o Judiciário pode adentrar a esfera legislativa?

Com o neoconstitucionalismo, dois outros fenômenos se acentuaram, o ativismo judicial e a judicialização da política.

2.3 Conceito de ativismo judicial

O termo ativismo judicial “surgiu” na revista *Fortune*, em 1947, cunhado por Arthur Schlesinger, quando o autor, analisando a composição da Suprema Corte Norte-Americana, a dividiu entre “ativistas” e “campeões da limitação/restricção judicial”.⁴⁵ No entender de Flávia Santiago Lima, essa primeira visão de ativismo judicial (ativistas x campeões da limitação/restricção judicial) é prejudicada por não partir do mundo jurídico, mas por se tratar de uma visão jornalística do direito e das visões dos magistrados da Suprema Corte.⁴⁶ Todavia, ela fixa um marco inicial para se trabalhar o referido conceito.

Nos primórdios, o termo ativismo judicial referia-se a uma visão positiva de assegurar direitos civis, “ativista” em direitos civis, em contraponto ao conceito de juiz que extrapola a sua autoridade.⁴⁷ Todavia, no caso *Marbury vs. Madison*, não houve qualquer interferência da Corte em decisões de outros Poderes, da decisão política de não dar posse ao nomeado, muito pelo contrário, o Tribunal se eximiu de reavaliar tal deliberação. Isso demonstra que, desde o

⁴⁴ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. p. 126. 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: 24 jul. 2016.

⁴⁵ LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. **Measuring judicial activism**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 1.

⁴⁶ LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 165.

⁴⁷ KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of “judicial activism”. **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, out. 2004. p. 1451.

início, o conceito em debate é extremamente contraditório e oscila entre ter caráter positivo ou negativo.

Ainda na questão histórica, enquanto muitos dos primeiros artigos publicados dedicavam apenas alguns trechos ao tema, um autor reconheceu a importância do ativismo e conferiu a devida atenção ao tema. Trata-se de Edward McWhinney, professor de Direito da Universidade de Toronto. O autor fez uma avaliação no âmbito do Direito Comparado sobre a ideia de ativismo judicial e, com isso, iniciou um movimento de estudo acadêmico mais aprofundado do tema na década de 1950. Dois artigos escritos por McWhinney foram dedicados exclusivamente ao tema. Em um de seus artigos mais importantes, procurou entender os conflitos filosóficos da Suprema Corte dos Estados Unidos, como Schlesinger fez anteriormente, avaliando o dilema transmitido pelo Juiz Holmes no caso *Lochner v. New York*. Três anos após o primeiro artigo, houve a revisão do entendimento do tema por parte do autor, avançando em uma teoria mais apurada do ativismo judicial, sugerindo que as noções genéricas e abstratas de ativismo e autorrestrrição judicial são tão simplórias que seriam, praticamente, inúteis.⁴⁸

Já na esfera judicial, a primeira utilização do termo em referência foi realizada pelo juiz Joseph C. Hutcheson Jr., na nota de rodapé de uma decisão anulando julgamento anterior. Ainda que outros juízes tenham adotado a expressão em seus julgados, não houve uma avaliação detalhada.⁴⁹

Com relação ao conceito, como frisado no início, esse ainda não é homogêneo, muito menos pacificado pela doutrina, a ponto de Stefanie A. Lindquist e Frank B. Cross⁵⁰ afirmarem que “o ativismo judicial é um termo carregado, repleto de múltiplos significados e conotações politizadas”. Disso decorre que decisões ativistas, como se viu na apresentação de casos da *Judicial Review*, são alvo de críticas de ambos os lados. Seja uma decisão mais liberal, ou mais conservadora, mais ampla ou utilizando o *self-restraint*, a parte que discorda da decisão acaba por denominá-la ativista.⁵¹

Assim, o tema não agrada a todos os doutrinadores e operários do Direito, e movimenta com posições contrárias e favoráveis o mundo jurídico há 70 anos. Pode-se afirmar que existem conceitos mais “jocosos”, de que uma “decisão ativista seria, na opinião majoritária, sinônimo

⁴⁸ KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of “judicial activism”. *California Law Review*, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, out. 2004. p. 1452-1454.

⁴⁹ Ibidem, p. 1455-1459.

⁵⁰ LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. *Measuring judicial activism*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 1.

⁵¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. 1. ed. São Paulo: Forense, 2014. p. 150.

de decisão arbitrária; juízes ativistas, os ‘caras maus’⁵², e outros mais teóricos, que não englobam um único conceito, mas diversas características.

O problema de conceituação em tela estaria subscrito no fato de o fenômeno tratar-se de interpretação constitucional.⁵³ É justamente a exegese, pró ou contra, que caracterizará o conceito de ativismo como positivo ou negativo, a ponto de autores mencionarem uma impossibilidade de se estabelecer quando uma decisão pode ser considerada ativista ou não, por falta de critérios que possam ser passíveis de utilização de forma clara.⁵⁴ Keenan D. Kmiec afirma que a ação de interpretar é tão importante para o desenvolvimento do que é o ativismo judicial que a linha entre a *Judicial Review* e o ativismo judicial dependeria meramente do entendimento do intérprete sobre a Constituição.⁵⁵

Aliás, ainda se discute amplamente se o ativismo judicial é um aspecto positivo ou negativo dentro e na concretização dos Direitos. Elival da Silva Ramos destaca que “não há, necessariamente, um sentido negativo na expressão ‘ativismo’, com alusão a uma certa prática de jurisdição”.⁵⁶ Continua o autor argumentando: “invariavelmente o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do Direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas”.

Sobre essa “adaptação do Direito diante de novas exigências sociais”, deve-se ter em mente a ideia de “Constituição viva” (tradução literal de *living Constitution*). Em suma, essa expressão surgiu na década de 1920, nos Estados Unidos, quando o Justice Holmes entendeu que os juízes deveriam ter ampla margem interpretativa para manter a Constituição relevante em uma sociedade em evolução. Adotando tal entendimento, na campanha eleitoral de 2000, o candidato democrata Al Gore verberou que indicaria juízes para a Suprema Corte: “compreendam que nossa Constituição é um documento vivo”.⁵⁷

Sobressai que, curiosamente, quanto mais o termo entrava no “senso comum”, de maior discussão, menos ele se tornava claro, a ponto de Kermit Roosevelt III afirmar que “ativismo

⁵² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2014. p. 149.

⁵³ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p.21.

⁵⁴ LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. **Judicialização e ativismo judicial: o Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais Poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 92.

⁵⁵ KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of “judicial activism”. **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, out. 2004. p. 1455-1465.

⁵⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 112.

⁵⁷ BERLATSKY, Noah. **Judicial activism (opposing viewpoints)**. Farmington Hills: Greenhaven Press, 2011. p. 21. Tradução livre do original “who understand that our Constitution is a living and breathing document”.

judicial é um conceito vazio”.⁵⁸ Isso porque ativismo judicial era definido de múltiplas maneiras, incluindo formas totalmente contraditórias entre si. Juristas reconheciam esse problema, ainda que persistissem em discutir o assunto, mesmo sem chegar a uma definição única. O problema subsiste, embora a utilização da mesma denominação, a caracterização do fenômeno ser amplamente discutida, ainda que as pessoas, em seus estudos, transmitam ideias diferentes.⁵⁹ Mônia Clarissa Henning Leal e Felipe Dalenogare Alves esclarecem não haver um “conceito pronto e acabado”, estando o conceito ligado à ingerência do Judiciário nos demais poderes.⁶⁰

Para Kmiec, hoje, o ativismo judicial, avaliado isoladamente, significa pouco, mas várias coisas.⁶¹ Ele adquiriu significados distintos e até mesmo contraditórios. No entanto, quando explicado cuidadosamente, o termo pode ser um ponto de partida para uma conversa significativa sobre as responsabilidades dos juízes, seus ofícios, a jurisdição.

Não existe uma quantificação para a Corte ser considerada ativista. Destaca-se que não é o número de decisões proclamando a inconstitucionalidade das leis que determina o nível de ativismo de um tribunal, mas sim um aspecto qualitativo, e nisso também deve ser considerado seu caráter dinâmico, tal como Wolfe referiu durante as diferentes eras da *Judicial Review* americana – ora um tribunal conservador, ora um tribunal liberal, mas tidos como ativistas pelas respectivas opiniões discordantes.

Existem formulações que explicam “de forma singela [...] que ativismo judicial é uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na efetivação dos valores constitucionalmente estabelecidos”. Outras, não acabam por conceituar o ativismo, mas por apresentar diversas qualidades do que pode ser ativismo judicial.⁶²

Marco Aurélio Romagnoli Tavares traz a ideia de que não há ativismo negativo, “não passando de mito o papel intervencionista atribuído ao Judiciário”,⁶³ agindo esse dentro das suas funções, interpretando e aplicando a legislação à realidade social. Em outras palavras: dando vida à Constituição e às normas infraconstitucionais.

⁵⁸ ROOSEVELT III, Kermit. **The myth of judicial activism: making sense of supreme court decisions**. New Haven: Yale University Press, 2006. p. 38.

⁵⁹ KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. **California Law Review**, v. 92, n. 5, p.1441-1477, Oct. 2004. p. 1443.

⁶⁰ LEAL, Mônia Clarissa Henning; ALVES, Felipe Dalenogare Alves. **Judicialização e ativismo judicial: o Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 13.

⁶¹ KMIEC, op. cit., p. 1477.

⁶² COSTA, Andrea Elias da. Estado de Direito e ativismo judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi do (Coord.). **Estado de Direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 52-53.

⁶³ TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Ativismo judicial e políticas públicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011. p. 118.

Roosevelt III indica como exemplo positivo do ativismo judicial, nos Estados Unidos, o caso *Brown v. Board of Education* (1953), que julgou ser inconstitucional a segregação racial nas escolas públicas.⁶⁴ Considera-se exemplo positivo, pois na época a decisão foi considerada ativismo judicial, determinada por valores e não por fundamentos constitucionais, o que, nos tempos modernos, é a mera aplicação do princípio da igualdade. Do exposto acima, vislumbra-se que há uma carga moral, pessoal de cada julgador e intérprete, na avaliação das respectivas decisões.

Embora teça críticas a respeito do ativismo, Carlos Alexandre de Azevedo Campos reconhece que o fenômeno possui “reais e importantes implicações sociais e políticas”, com diversos núcleos interiores.⁶⁵

Ainda, a caracterização do ativismo judicial como “o fenômeno de invasão indevida do Poder Judiciário no âmbito dos demais Poderes, em especial no tocante à criação normativa, que seria incumbência específica do Poder Legislativo” tem presença acentuada na doutrina que, se não o coloca dentro de seu conceito, acaba considerando como reflexo ou característica.⁶⁶

Roosevelt III⁶⁷ afirma que o ativismo judicial, em seu conceito usual, significa a decisão judicial contrária ao texto constitucional, a partir das valorações das preferências políticas dos juízes, o que Ramos⁶⁸, em uma visão *prima facie*, afirma tratar-se de uma anomalia, uma disfunção do poder jurisdicional, do *dicere* o direito. Apesar de tal olhar inicial negativo ao ativismo, não há uma uniformidade doutrinária e nem concordância se os efeitos são de todo negativos ou se há efeitos positivos no ativismo. Francisco Zúñiga Urbina caracteriza o ativismo como a criação, por parte dos juízes, em suas sentenças, de direitos não normatizados, com a alegação de serem constitucionais, como também a ampliação de garantias processuais para a defesa dos direitos.⁶⁹ Pode-se complementar tal entendimento com a visão de Luís Roberto

⁶⁴ ROOSEVELT III, Kermit. **The myth of judicial activism: making sense of supreme court decisions.** New Haven: Yale University Press, 2006. p.14.

⁶⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF.** 1. ed. São Paulo: Forense, 2014. p. 150-163.

⁶⁶ CRUZ, Gabriel Dias Maques da. Arguição de descumprimento de preceito fundamental, Estado de Direito e ativismo jurídico. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi do (Coord.). **Estado de direito e ativismo judicial.** São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 104.

⁶⁷ ROOSEVELT III, op. cit., p. 38.

⁶⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.109

⁶⁹ URBINA, Francisco Zúñiga. **Activismo judicial versus garantismoprosesal y tribunal constitucional.** In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 65.

Barroso, que reforça a ideia de invasão (ou ocupação) das funções executivas e legislativas.⁷⁰ Para o citado autor, “o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. Diz que a ideia está “associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.⁷¹ Do trecho se extrai a concepção de que o ativismo judicial une-se a uma participação mais intensa, preponderante do Poder Judiciário, de intrometer-se no espaço de atuação dos demais Poderes. Nessa senda, o Judiciário, através do ativismo, distorceria o próprio sentido da Constituição, pois é deformada “a obra do próprio Poder Constituinte originário”:

Se o caso envolve o cerceamento da atividade de outro Poder, fundada na discricionariedade decorrente de norma constitucional de princípio ou veiculadora de conceito indeterminado de cunho valorativo, a par da interferência na função constituinte, haverá a interferência indevida na função correspondente à atividade cerceada.⁷²

Conforme Barroso, existem diferentes formas de atuação ativista por parte do Poder Judiciário:

a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) 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; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁷³

Dentro do item “c” supra, em uma visão ativista está sempre “[...] o exercício expansivo e vigoroso, estratégico ou não, de autoridade político-normativa no controle dos atos e das omissões dos demais Poderes, seja impondo-lhes obrigações, anulando as decisões ou atuando em espaços tradicionalmente ocupados por aqueles”.⁷⁴

Campos estabelece cinco diretrizes para a construção de um conceito de ativismo judicial, sendo o ativismo “uma questão de postura expansiva de poder político-normativo de juízes e cortes quando de suas decisões”, que ele “não é aprioristicamente legítimo ou

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista (Syn)thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. p. 25-26. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

⁷¹ Ibidem, loc. cit.

⁷² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 144.

⁷³ BARROSO, op. cit., p.26.

⁷⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2014. p.152.

ilegítimo”, com “caráter dinâmico e contextual”, uma “pluralidade das variáveis” e uma “estrutura adjudicatória multidimensional”.⁷⁵ Com base nessas diretrizes, firma o citado autor o conceito de ativismo judicial como sendo:

[...] o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas Constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos histórico distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.⁷⁶

E, com base no referido conceito, o autor também relaciona formas de ativismo judicial: (1) a interpretação da Constituição (ampliação e afirmação de direitos implícitos ou não nas Cartas Constitucionais, considerando a Constituição uma fonte viva e compatível com as circunstâncias sociais, com a diária mudança da sociedade e do mundo – *living Constitution* para os americanos⁷⁷); (2) a criação “legislativa” (ou a criação do direito, tanto em omissões como em inovações legais como, por exemplo, as súmulas vinculantes do STF); (3) a deferência (ou falta) aos demais Poderes (os magistrados/cortes desconsideram as opiniões e decisões dos demais Poderes, impondo as suas visões, dentro da atuação jurisdicional tanto em matéria de direitos fundamentais como de regulação na economia, dentre outros); (4) a afirmação de direitos (discurso de concretização e afirmação de direitos humanos e fundamentais, mais especificamente o amplo aspecto do conceito de dignidade da pessoa humana); (5) a atuação no campo das políticas públicas e sociais (o Judiciário tem atuado na formulação e implementação de políticas públicas através de suas decisões); (6) a autoexpansão da jurisdição e dos poderes decisórios (tribunais ampliam as possibilidades de acesso à justiça, através de “novas” hipóteses de cabimento, aumentando o espectro de vincular suas ações); (7) a superação de precedentes (não se “constrangem” em desconsiderar precedentes anteriores para fazer valer a sua flexibilidade interpretativa); (8) a adoção do maximalismo (superam questões teóricas para ampliar regras e princípios, fazendo com que tenham validade para decisões futuras); (9) a utilização do partidarismo (fundamentação da decisão não em questões jurídicas,

⁷⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2014. p.152. p. 164.

⁷⁶ Ibidem, loc. cit.

⁷⁷ Hesse possui o mesmo entendimento, quando coloca a Constituição como uma força ativa: “[...] a força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em força ativa”. HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. (Título original: Die Normative Kraft der Verfassung). p. 20.

mas em político-partidárias⁷⁸) e, por fim, (10) a ocorrência de soberania judicial (as decisões ativistas excluiriam os demais Poderes políticos do processo de construção constitucional, de definição dos conceitos e conteúdo das normas constitucionais).⁷⁹

Quanto ao item 9 – partidarismo –, Roosevelt III ressalta a carga “personalíssima” do ativismo quando afirma que o conceito, da maneira como é usualmente utilizado, significa julgar um caso contrariamente ao constante na Constituição, valendo-se de suas preferências políticas.⁸⁰

William P. Marshall, com uma sistemática semelhante, entende que o conceito de ativismo judicial é ambíguo,⁸¹ e tanto considera tal ponto que aponta 07 (sete) características de ativismo judicial: (1) ativismo contramajoritário: relutância da Corte em considerar as decisões dos legitimamente eleitos (Legislativo e Executivo); (2) ativismo não originalista: o não reconhecimento da lei escrita e da interpretação dos legisladores, no momento em que a norma foi concebida (Ex.: *Boyle vs. United Technologies Corp*); (3) ativismo de precedentes: a rejeição e não obediência aos precedentes judiciais; (4) ativismo jurisdicional: as cortes extrapolam os limites funcionais do Poder Judiciário; (5) ativismo pela criatividade judicial: criação de novas teorias e direitos no Direito Constitucional; (6) ativismo de remédios: uso do poder conferido para determinar a imposição de obrigações positivas para os outros Poderes ou realizar um controle jurisdicional de seus atos; e (7) ativismo partidário: utilização das funções do Poder Judiciário, por juízes e cortes, para realizar objetivos partidários (ex.: *Bush vs. Gore*).⁸²

Continua o autor afirmando que tais características podem não ser coerentes com outras, citando como exemplo o fato de a invalidação de decisões dos outros Poderes democraticamente eleitos poder ocorrer tendo em vista o cumprimento de um precedente; isto é, uma decisão não ativista pode, de outro lado ser ativista. De outro ponto de vista, uma decisão não ativista, de *judicial restraint*, não estará sempre correta (vide o caso *Dred Scott vs. Sandford*). Dessa forma, não há possibilidade de se combinar as características para formar um único conceito de ativismo judicial.⁸³

⁷⁸ Mauro Cappelletti firma que “justamente para impedir a pura subjetividade, essas escolhas não devem ser ocultadas por meio de contorções lógicas e verbais, tornando-se assim mais responsáveis e também mais democráticas” CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 132.

⁷⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2014. p.165-174.

⁸⁰ ROOSEVELT III, Kermit. **The myth of judicial activism: making sense of supreme court decisions**. New Haven: Yale University Press, 2006. p.38.

⁸¹ MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. *University of Colorado. Law Review*, Colorado, v. 73, n. 4, p. 1217-1256, 2002. p. 1217.

⁸² *Ibidem*, p. 1220.

⁸³ *Ibidem*, p. 1220-1221.

Acerca do último ponto, mas no aspecto de decisão pessoal de justiça, destaca-se, novamente, a entrevista do Ministro Luiz Fux ao projeto “Faculdade de Direito da UERJ – 70 anos de história e memória”, no qual afirma que “como magistrado, primeiro procuro ver qual é a solução justa. E depois, procuro uma roupagem jurídica para essa solução”.⁸⁴ Lindquist e Cross, após minucioso estudo, também argumentam que o ativismo judicial é melhor visto a partir de um conceito multidimensional, elencando os seguintes aspectos: (1) o contramajoritarismo, (2) o engrandecimento institucional, (3) a estabilidade e a fidelidade interpretativas e (4) o julgamento orientado a resultados.⁸⁵ Considerando esses quatro pilares, os autores buscam identificar dimensões do fenômeno que possam ser medidas, tal como relação entre ativismo ideológico e ativismo institucional.⁸⁶

Em estudo sobre a judicialização da política e o ativismo judicial, Clarissa Tassinari reconhece a dificuldade de definir esse último e, com base nos estudos sobre a matéria, visando a sistematizar as diversas concepções, traz as seguintes perspectivas: “a) como decorrência do exercício do poder de revisar; b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário; c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras”.⁸⁷

A utilização de características para a definição de conceito também é utilizada por Kmiec, que identifica cinco significados para o ativismo judicial, sendo eles: (1) invalidação das ações dos outros Poderes, com base em dispositivos constitucionais, (2) descumprimento de precedentes, (3) “legislação” judicial, (4) desvios da metodologia interpretativa aceita e (5) julgamento orientado a resultados.⁸⁸

Aprofundando a questão referente à intervenção do Judiciário na esfera de deliberação dos demais Poderes, Ramos⁸⁹ considera o ativismo como um “desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional”, e a atuação fora da moldura característica da separação dos Poderes como uma “incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”, descaracterizando a própria função típica do

⁸⁴ FUX, Luis. **Depoimento ao projeto “Faculdade de Direito da UERJ - 70 anos de história e memória”**. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitouerj.org.br/2005/fdir70/depLF.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

⁸⁵ LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. **Measuring Judicial Activism**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 133.

⁸⁶ Ibidem, p. 134-137.

⁸⁷ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 33.

⁸⁸ KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. **California Law Review**, v. 92, n. 5, p.1441-1477, Oct. 2004. p. 1444.

⁸⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.141.

Judiciário.⁹⁰ Por que não teorizar que, diferentemente de uma simbiose entre os Poderes, essa atuação colocaria o Judiciário em uma situação de parasitismo, usurpando a função dos demais? Ainda, para Ramos isso seria ir além dos “limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)”.⁹¹

Ronald Dworkin questiona a função jurisdicional com base na preferência pessoal e individualidade do juiz, isto é, voltada a buscar interpretações para os seus entendimentos.⁹² Tal autor considera que a função jurisdicional deve dar-se de forma racional, sendo o ativismo judicial uma anomalia. O juiz ativista ignoraria o texto constitucional, a história de sua construção, de sua formulação, bem como os precedentes judiciais e as demais fontes de direito (materiais, formais, históricas) para impor o seu ponto de vista, não somente ao Estado, vale dizer, aos outros Poderes, mas também perante a sociedade. O Direito como integridade, conforme avalia Dworkin, desaprova o ativismo e qualquer prática que a ela se assemelhe.⁹³

As críticas quanto às práticas ativistas partem do fato de “importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes”.⁹⁴ No ativismo, os juízes e Cortes, utilizando-se de decisões jurídicas, ultrapassando o mundo jurídico, o mundo do Direito, adentrando a esfera política (legislativa e administrativa), com base em “pretensos” critérios jurídicos, acabam por tentar solucionar questões políticas que, no âmbito da separação dos Poderes, não competem ao Judiciário. De outro ponto de vista, “quando se confunde o campo jurídico com o campo político, a consequência é fatal: o julgador acaba fazendo uma má política, por meios jurídicos”.⁹⁵

Vejam os casos em que a Administração Pública é obrigada a definir suas políticas de acordo com decisões judiciais, em detrimento da escolha de Governo/Estado. Ao ter que cumprir decisões judiciais, não estão somente envolvidos dispêndios para o efetivo cumprimento da sentença, mas também os referentes à sucumbência (honorários e custas processuais) e os da máquina administrativa (Procuradorias/Advocacias). Dessa forma, tratando-se de ações de grande escala, começa a se tornar mais eficiente realizar o que o

⁹⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.1 p. 324.

⁹¹ Ibidem, p. 131.

⁹² DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 451-452.

⁹³ Ibidem, loc. cit.

⁹⁴ RAMOS, 2015, p. 131.

⁹⁵ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de Direito. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi do (Coord.). **Estado de Direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 73.

Judiciário tem definido em suas decisões do que o solicitado pela sociedade (aqui considerada como “a coletividade”). Dessa forma, alguns (os juízes) decidiriam por uma maioria (povo). É o que Franco Aurélio Brito de Souza denomina de juiz-administrador.⁹⁶ Temos então a transformação do juiz imparcial, judicial, em um juiz gestor público, agente político (“na visão de democraticamente eleito pelo povo”), que administra recursos públicos através de decisões judiciais, ajustando as políticas públicas ao sentido das normas constitucionais e legais, bem como ao interesse social.⁹⁷ De acordo com Leal e Alves, o Poder Judiciário não teria condições de realizar tais funções, de tamanha complexidade e com diversos atores políticos envolvidos, não estando apto “a assumir a gestão de recursos destinados à execução das políticas públicas”.⁹⁸

Nada obstante o argumento para a judicialização da política, já visto anteriormente, sobre a “preferência” do Poder Judiciário, tendo em vista a imparcialidade de seus membros, colaciona-se trecho de Franco Aurélio Brito de Souza, que relembra o fato de os membros do Judiciário serem compostos por seres humanos e, assim como os demais indivíduos, membros dos demais Poderes – Administradores, Legisladores e atores políticos –, não conseguem evitar que suas vivências e crenças pessoais balizem suas decisões:

[...] se o governo das leis não é outra coisa senão um governo de políticos que criam leis para si, para os outros e para o governo, essa faceta imperfeita do ser humano também alcança as decisões jurídicas, haja vista que, semelhantes aos homens da política, os juízes decidem com seus valores e (pré)conceitos em virtude de não serem capazes de bloquear a transferência de suas tendências, falhas e deficiências para suas práticas jurídicas.⁹⁹

Tal ponto de vista é, também, compartilhado por Mauro Cappelletti, quando entende que há “incompetência institucional da magistratura para agir como força criadora do direito”.¹⁰⁰

⁹⁶ SOUZA, Franco Aurélio Brito de. Uma breve abordagem sobre a relação entre Estado, Direito e política. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi do (Coord.). **Estado de Direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 87.

⁹⁷ TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Ativismo Judicial e Políticas Públicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011. p. 120.

⁹⁸ LEAL, Mônia Clarissa Henning; ALVES, Felipe Dalenogare Alves. **Judicialização e ativismo judicial: o Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p.92.

⁹⁹ SOUZA, Franco Aurélio Brito de. Uma breve abordagem sobre a relação entre estado, direito e política. In: AMARAL JUNIOR, José Levi do (Coord.). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.88.

¹⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p.86.

Já Tavares entende que não há um “ativismo judicial predatório”.¹⁰¹ Não há esse mito de o Judiciário invadir as funções dos demais Poderes, intervindo nas funções desses. As Cortes estariam, dentro da sua órbita jurisdicional, devidamente estipulada pela Constituição, interpretando-a, atendendo ao desenvolvimento da sociedade (não suprido pelos outros Poderes), utilizando-se de “instrumentos que lhe sejam úteis para se atingir o máximo de justiça social em suas decisões”. Com isso, estaria sim o Judiciário cumprindo com seu papel constitucional. Para Jorge Octávio Lavocat Galvão, o ativismo é positivo, visto que se “tornou uma necessidade institucional: os juízes, ao decidirem os casos difíceis, agem de maneira positiva, densificando as normas de direitos fundamentais com suas interpretações”.¹⁰²

Pode-se entender, dessa forma, que ativismo judicial contempla uma infinidade de pontos, mas que, se necessário conceituar, trata-se da expansão voluntária, por parte do Poder Judiciário, das funções a ele instituídas a partir do princípio da separação dos Poderes, de forma contrária ao previsto no texto constitucional e, até, de forma contrária a si mesmo. Tal expansão pode ocorrer de diversas formas, como a intromissão nas atividades dos demais poderes, em desrespeito aos precedentes judiciais, em inovações legais fruto da interpretação judicial, dentro outras formas.

Ressalta-se, que tal criatividade, ativismo judicial, pode ser negativa ou positiva, dependendo do momento histórico (o caso *Brown v. Board of Education* pode ter sido considerado uma ação negativa em um momento histórico e uma ação positiva em outro), da cultura da sociedade e do local em que é prolatada a decisão.¹⁰³

2.4 Ativismo judicial e judicialização da política

Conceituar e diferenciar ativismo judicial e judicialização da política é por deveras complexo. Para a doutrina, ora tratam-se de fenômenos diferentes, mas inter-relacionados entre si, ora totalmente independentes. Todavia, grande parte se demonstra unânime quanto a pertencerem à mesma família. Para Barroso, “a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas

¹⁰¹ TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Ativismo Judicial e Políticas Públicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011. p.118-119.

¹⁰² GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Entre Kelsen e Hércules: uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi do (Coord.). **Estado de Direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 145.

¹⁰³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 92.

origens”.¹⁰⁴ Corroborando tal assertiva, Juan Câmara Ruíz relata ser “a judicialização e o ativismo judicial, os quais se tem afirmado que se tratam de fenômenos da mesma família, não têm nem as mesmas origens e nem são fruto das mesmas causas”.¹⁰⁵ Como visto nos dois excertos acima, a origem não é a mesma, apesar da similitude de seus conceitos e efeitos.

A noção e o surgimento da judicialização da política possuem consenso doutrinário. Para que se possa estudar do que ela se trata, deve-se, preliminarmente, ter em conta a interação de três elementos: Direito, Política e Judiciário, sendo que, para Tassinari, “o constitucionalismo pode ser definido como uma tentativa jurídica (Direito) de oferecer limites para o poder político (Política), o que se dá por meio das Constituições”.¹⁰⁶

Isso posto, “judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais”,¹⁰⁷ podendo ser entendida como fruto direto das condições de Guastini, como a garantia jurisdicional da Constituição e a constitucionalização das relações políticas (não que o ativismo não seja fruto, também, das condições, pois são considerados da mesma família). Tal ponto de vista é corroborado por Valle, que “também entende que a constitucionalização do Direito e a ênfase na efetividade do Texto Fundamental foram fatores determinantes para se ampliar a judicialização no cotidiano”.¹⁰⁸

Na visão de Torbjörn Vallinder,¹⁰⁹ a judicialização da política deveria significar a transferência das deliberações acerca de direitos da arena política (Legisladores e Administradores Públicos) para a seara dos magistrados e tribunais; e o aumento do alcance das funções das Cortes para além da tomada de decisões, isto é, “transformar algo em uma forma de processo judicial” (como as relações sociais e políticas públicas). Utilizando-se desse conceito, C. Neal Tate¹¹⁰ sugere como significado para a judicialização da política o processo

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista (Syn)thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. p. 25. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

¹⁰⁵ RUÍZ, Juan Câmara. Judicialización y activismo judicial en España. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Ativismo judicial e déficits democráticos**: algumas experiências latino-americanas e europeias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 89-90. Tradução livre do original “La judicialización y elactivismo judicial, de los que se ha afirmado que tratándose de dos fenómenos de la misma familia no tienen ni los mismos orígenes ni son generados por las mismas causas”.

¹⁰⁶ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da Atuação do judiciário. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 28.

¹⁰⁷ BARROSO, op. cit., p. 24.

¹⁰⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 36.

¹⁰⁹ VALLINDER, Torbjörn. When the courts go machingim. In: VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal (Eds.). **The global expansion of judicial power**. Nova York: New York University, 1995. p. 13.

¹¹⁰ TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power? In: VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal (Eds.). **The global expansion of judicial power**. Nova York: New York University, 1995. p. 28.

pelo qual tribunais e juízes dominam ou passam cada vez mais a dominar as políticas públicas formuladas (ou que deveriam ter sido traçadas) pelos outros Poderes; e o processo pelo qual as arenas de decisão política (não judicial) passam a ser dominadas por regras e procedimentos normativos (quase judiciais).

A judicialização não é fruto do Direito, mas é uma questão social que surge e que acaba por se manifestar dentro do mundo do Direito, de forma que não podemos separar a questão social da judicialização da política, separar a questão política da jurídica.¹¹¹

A judicialização da política, ainda, pode ser considerada uma consequência da consciência da população acerca de seus direitos e ampliada pela da necessidade de prestações positivas por parte da Administração Pública, fruto da constitucionalização das relações políticas. Dessa forma, quando os cidadãos não veem seus pleitos e anseios atendidos pelo Estado, buscam no Poder Judiciário uma forma de fazer cumprir tais direitos, judicializando a política pública. Para Lima, “o conceito acadêmico de judicialização da política mostra um circuito institucional e desempenha um papel instrumental para a explicitação destas novas relações” (relações entre Administração Pública *versus* Sociedade *versus* Poder Judiciário).¹¹²

Assim, esse aumento de consciência acaba por gerar um movimento de transferência das discussões e decisões da arena política para a arena judicial, “[...] o que inclui as condições institucionais (jurídicas e políticas) e culturais/comportamentais (empenho dos atores, encaminhamento das demandas pelos atores políticos, foro do embate governo x oposição e outros), que explicariam esse processo”.¹¹³

A questão social é fruto do processo que se originou no século XX, tendo como base e consequência o Estado Democrático e, após, o que viria a ser o Estado Democrático de Direito.¹¹⁴

Contudo, o aumento da consciência não deve se pautar somente pelo aspecto jurídico (constitucionalização): deve também servir de fundamento para a ascensão de uma consciência social. No Brasil, a sociedade pós-redemocratização busca o seu espaço e os direitos tolhidos

¹¹¹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da Atuação do judiciário. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.55. p. 55.

¹¹² LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política**: ativismo e autocontenção no STF. Curitiba: Juruá, 2014. p.144.

¹¹³ Ibidem, p. 131.

¹¹⁴ SOUZA, Franco Aurélio Brito de. Uma breve abordagem sobre a relação entre estado, direito e política. In: AMARAL JUNIOR, José Levi do (Coord.). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.85.

durante o período ditatorial. Sobre tal afirmação, conforme Streck, Tassinari e Lepper, “pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma questão social”.¹¹⁵

Deixando de se tratar de mero instrumento político (Carta concessiva aos legisladores para que, se desejassem, efetivassem os direitos dos indivíduos), a Constituição, a partir da consagração de sua aplicação direta, passou a fazer parte do labor diário dos juízes. Visando à proteção dos direitos, e tendo em vista a inafastabilidade da jurisdição, os juízes demandados começaram a decidir sobre questões sociais (aqui entendidas como questões de impacto na sociedade e não especificamente de Direitos Sociais). César Cipriano de Fazio relaciona como motivo primordial para a judicialização a “perda de prestígio social das leis e do Poder Legislativo, traduzida pela expressão ‘crise da representação política’”.¹¹⁶ Essa crise política reforça a alteração da figura de centro, do Legislativo para o Judiciário.

A judicialização é algo maior do que a mera instituição constitucional dos direitos mais fundamentais das pessoas, dessa possibilidade de exigir muito mais do Estado do que o mero respeito às suas liberdades individuais, e no não cumprimento desses, o conseqüente acréscimo no número de demandas a serem apresentadas ao judiciário.¹¹⁷ Isso, na visão de Lima, indica que a judicialização da política permite uma “nova dinâmica entre as agências jurídicas e o ambiente político”. Seria, também, uma avaliação das interações entre os atos políticos e jurídicos.¹¹⁸

A judicialização da política não é o resultado do protagonismo judicial, mas sim de novas práticas por parte da sociedade, “particularmente dos partidos que compõem a minoria parlamentar e das associações de interesses dos setores subalternos, que vem encontrando na comunidade dos intérpretes um caminho para reforçar a sua representação”.¹¹⁹

De acordo com Barroso, o julgamento de determinadas questões de enorme repercussão social e política “envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”.¹²⁰ O

¹¹⁵ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. 2, n. esp., p. 51-61, 2015. p. 56. Disponível em:

<<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

¹¹⁶ FAZIO, César Cipriano de. Panorama sobre o ativismo judicial e a judicialização da política no Direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 939, p. 109-126, jan. 2014. p. 114.

¹¹⁷ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da Atuação do judiciário**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.32.

¹¹⁸ LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014. p.132.

¹¹⁹ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 259.

¹²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista (Syn)thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. p.24. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

autor relaciona três causas para tal ocorrência: a redemocratização do país, tendo como emblema a promulgação da Constituição Federal de 1988, a tamanha abrangência da Constituição em temas de proteção de direitos em seu texto e a estruturação do sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, que congrega aspectos dos sistemas americano e europeu.

Aqui, não há um locupletamento, pelo Judiciário, de competências do Legislativo ou do Executivo, mas sim mera aplicação da lei, garantindo direitos e liberdades individuais e coletivas, diante da aplicação arrazoada das normas. Deve-se deixar claro que, na judicialização da política, as decisões são formuladas com base no ordenamento jurídico, fruto de falhas do Estado. Não há uma “criação do direito”, como no ativismo judicial.

A opção pela judicialização da política não é do Poder Judiciário, muito pelo contrário, é exógeno ao Poder. Como já visto, é uma questão social, de fatores externos, independente da vontade, do *animus* dos membros do Judiciário. Tem o seu início na consagração constitucional dos direitos e passa pela ineficiência do Estado em os implementar, o que faz com que os cidadãos busquem, judicialmente, a concretização desses.¹²¹ Fica demonstrado, assim, a disposição dos atores políticos em judicializar suas questões, buscando a prestação jurisdicional para que seus direitos sejam efetivados.¹²²

Não é ela a mera busca, por parte dos membros da sociedade, de intervenção do Poder Judiciário para a solução de suas demandas, em razão, no caso do Brasil, do estabelecimento e reconhecimento de direitos na Constituição de 1988, do que a ideia de uma jurisdição fortalecida, mas, como afirmado, uma questão social. De acordo com Luiz Werneck Vianna *et al.*, “o processo de judicialização da política no Brasil tem sido o resultado de uma progressiva apropriação das inovações da Carta de 88 por parte da sociedade de agentes institucionais”.¹²³ A judicialização, dessa forma, se apresenta como questão social, não se restringindo ao órgão judicante e não sendo originário desse.

Logo, depreende-se que a judicialização não depende de qualquer vontade ou anseio do Poder Judiciário (diferentemente do ativismo judicial), mas sim de fatores externos, ligados diretamente à sociedade e à maior consciência da população acerca de seus direitos, bem como a eventual ineficiência do Estado em assegurá-los, resultando no aumento da litigiosidade.¹²⁴ A

¹²¹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da Atuação do judiciário. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.32.

¹²² LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014. p.133.

¹²³ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p.53.

¹²⁴ TASSINARI, op. cit., p. 39.

judicialização é tão independente da postura do Judiciário que são entendidas como condições que facilitam a expansão desse Poder a democracia, a separação dos Poderes, uma “política de direitos” (direitos humanos, fundamentais), o interesse dos grupos sociais em buscar seus direitos judicialmente, uso do Judiciário pelos partidos que não estão no poder, a ineficiência das instituições democráticas majoritárias, percepções acerca dos órgãos formuladores das políticas públicas e uma “intencional” delegação das instituições democráticas majoritárias.¹²⁵

Aqui, repisa-se, questões sociais e de políticas públicas são levadas ao conhecimento e à esfera de deliberação do Poder Judiciário, com a alegação de que os mandamentos constitucionais que asseguram tais direitos não estão sendo cumpridos e que, tendo em vista o princípio da inafastabilidade da justiça, não podem os magistrados se eximirem de decidir, mesmo que “a percepção da revisão judicial, dentre os juristas, colabora para a manutenção e fortalecimento deste processo de judicialização da política e das relações sociais”.¹²⁶

Tais questões sociais, nas palavras de Capelletti, devem ser avaliadas pelo Judiciário, pois o “‘terceiro Poder’ não pode simplesmente ignorar as profundas transformações do mundo real”, sendo que “a justiça constitucional [...] constitui um aspecto dessa nova responsabilidade”.¹²⁷

Reitera-se, também, que a judicialização da política envolve não somente questões de direitos sociais, mas também questões de caráter político-partidário, nas quais os perdedores na arena político/parlamentar buscam no Poder Judiciário guarida para a sua argumentação, como, por exemplo, ações diretas de inconstitucionalidade de normativos aprovados e contrários aos interesses e ideologias políticas. Cita-se, também, em caso mais recente, a busca pelo Parlamento da definição do *impeachment*, e todos os diversos mandados de segurança contra atos de pretensas autoridades coatoras no decorrer do processo de impedimento.

A demanda ao Poder Judiciário para a efetivação de direitos, conforme já aventado no caso do ativismo judicial, deve-se ao fato de o Poder ser visto como imparcial e ter a sua atuação particularizada, isto é, analisando casos concretos, ou seja, não sendo parte do exame de uma política pública de caráter amplo. Assim, entende-se que o Judiciário poderia trazer a concretização dos direitos nos casos a ele apresentados.¹²⁸

¹²⁵ TATE, C. Neal. Why the expansion of Judicial Power? In: VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal (Ed.). **The global expansion of judicial power**. Nova York: New York University, 1995. p.28-33.

¹²⁶ LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014. p.134

¹²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p.46.

¹²⁸ LIMA, op. cit., p. 145.

Deve-se ressaltar que se trata de um movimento “retroalimentado”, ou circular. Quanto mais pessoas judicializarem os seus direitos, confirmando-os, mais pessoas irão buscar, no Judiciário, a discussão das mesmas questões. Essa circularidade faz com que o tema seja sempre discutido no mundo jurídico.¹²⁹

No caso brasileiro, o processo de judicialização da política encontra-se devidamente assimilado pela moderna sociedade brasileira,¹³⁰ existindo “relativo consenso entre juristas e cientistas políticos sobre a ocorrência de uma judicialização das relações políticas”,¹³¹ com o fortalecimento da posição do Judiciário diante de um Legislativo com fúria corrompida pela omissão no ato de normatizar a concretização dos direitos e de um “Executivo anabolizado, que busca dominar politicamente todas as esferas de poder”.¹³²

Esse Executivo interventor é fruto do próprio *Welfare State*, que requer cada vez mais a participação ativa do Estado (entenda-se, aqui, “Estado” como Poder Executivo, posto que as prestações positivas são realizadas por esse), que gera o crescimento da estrutura estatal, o aumento da burocracia, ficando, dessa forma, ineficiente (destaca-se que o princípio constitucional da eficiência não consta da Constituição Federal de 1988, originalmente, tendo sido incluso pela Reforma Administrativa, quando se tentou sair de um Estado Burocrático para um Estado Gerencial).¹³³

Luiz Werneck Vianna, em estudo realizado, demonstrou que, ao longo dos anos pós-Constituição de 1988, a propositura de ADIs (ações diretas de inconstitucionalidade) por parte de Governadores e Procuradores caiu, contrariamente ao ascendente número de ADIs propostas por partidos, organizações de trabalhadores, profissionais e empresários, o que demonstra uma participação maior do povo na judicialização da política.¹³⁴ Aliás, demonstra justamente o fenômeno da judicialização da política por parte da sociedade brasileira.

Conclui-se o ponto com o entendimento de Tácio de Oliveira Ramom, no qual “um novo Poder Judiciário, como realizador dos direitos sociais, decorre da mutação sofrida pelos poderes políticos, com o advento do Estado intervencionista, quando ele deixou de ser ausente para ser ativo”.¹³⁵

¹²⁹ LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 134-135.

¹³⁰ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p.257.

¹³¹ LIMA, op. cit., p. 219-220.

¹³² TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Ativismo Judicial e Políticas Públicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011. p.105.

¹³³ RAMOM, Tácio de Oliveira. **Ativismo judicial: multiplicidade de sentidos**. Curitiba: Prismas, 1993. p. 274.

¹³⁴ VIANNA, op. cit., p. 56-58.

¹³⁵ RAMOM, op. cit., p. 278.

2.5 Ativismo judicial no Brasil

Tal como ocorreu com a judicialização da política, pode-se afirmar que, com o advento da Constituição Federal de 1988, iniciou-se o ativismo judicial no Brasil. Para uma forma mais didática de abordar o tema, apresentar-se-ão casos, primeiramente de tribunais inferiores e, após, do Supremo Tribunal Federal.

Conforme se verá mais adiante, os casos mais “corriqueiros” são os da distribuição de medicamentos e tratamentos por meio de decisões judiciais, o que caracteriza o ativismo judicial mediante a imposição de condutas ao Poder Público. Exemplo de usurpação de competência, como dito, é a obrigatoriedade de custeio de medicamentos alheios à lista do Sistema Único de Saúde (Judiciário invadindo a esfera de políticas públicas), a ordem de internação em Unidades de Tratamento Intensivo ou em enfermaria mesmo com superlotações de hospitais, a criação de vagas em creches e pré-escolas em unidades próximas das residências dos alunos (ressalte-se que o ativismo seria relativo ao “próximas”).

Mais recentemente, na esfera privada, em uma expansão da atividade interpretativa, houve a anulação de demissão por justa causa de funcionário dependente de álcool e drogas, de forma *contra legem*, com o argumento de que “o empregado estava premido da necessidade de apropriar-se de algum objeto patrimonial para que pudesse vendê-lo e assim conseguir dinheiro para saciar o vício físico-químico”, afirmando ainda que “ao invés de optar pela rescisão do contrato, competia à empregadora, seja por motivos humanitários, seja pela função social da empresa, afastá-lo do trabalho a fim de proporcionar-lhe tratamento médico”.¹³⁶

Como ativismo com base na criação “legislativa”, na visão de Campos, pode-se citar decisões com base nos poderes concedidos aos juízes pelo art. 139, IV, do Novo Código de Processo Civil (NCPC), que restringiram o direito de liberdade com base em uma lei infraconstitucional:

Assim, como medida coercitiva objetivando a efetivação da presente execução, defiro o pedido formulado pelo exequente, e suspendo a Carteira Nacional de Habilitação do executado Milton Antonio Salerno, determinando, ainda, a apreensão de seu passaporte, até o pagamento da presente dívida.
Oficie-se ao Departamento Estadual de Trânsito e à Delegacia da Polícia Federal.
Determino, ainda, o cancelamento dos cartões de crédito do executado até o pagamento da presente dívida.

¹³⁶ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **JT-MG invalida dispensa de empregado da Copasa dependente de álcool e crack**. Notícias, 21 jul. 2016. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/noticias/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=14185&p_cod_area_noticia=ACS&p_cod_tipo_noticia=1>. Acesso em: 26 jul. 2016.

Oficie-se às empresas operadoras de cartão de crédito Mastercard, Visa, Elo, Amex e Hipercard, para cancelar os cartões do executado.¹³⁷

No caso, a título de motivação para a decisão, a magistrada meramente citou a ampliação das possibilidades das medidas do juiz condutor do processo visando à efetividade jurisdicional (art. 139, IV, do NCPC), mencionando, ainda, o Enunciado nº 48 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENAFAM), cujo teor é o seguinte:

O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais.¹³⁸

Após, a magistrada ainda estabeleceu os seguintes parâmetros:

A medida escolhida, todavia, deverá ser proporcional, devendo ser observada a regra da menor onerosidade ao devedor (art. 805 do Código de Processo Civil). Por fim, necessário observar que a medida eleita não poderá ofender os direitos e garantias assegurados na Constituição Federal. Por exemplo, inadmissível será a prisão civil por dívida.¹³⁹

Destaca-se de tal *decisum* a afirmação de que “a medida eleita não poderá ofender os direitos e garantias assegurados na Constituição Federal”. Continuando sua argumentação, a juíza justifica a decisão ao afirmar que todas as medidas cabíveis possíveis foram tomadas. Desarrazoado foi o argumento final para conceder o pedido da parte autora, quando afirmou que “se o executado não tem como solver a presente dívida, também não tem recursos para viagens internacionais, ou para manter um veículo, ou mesmo manter um cartão de crédito”, complementando que “se porém, mantiver tais atividades, poderá quitar a dívida, razão pela qual a medida coercitiva poderá se mostrar efetiva”.

A magistrada observa, em sua argumentação, que deve ser cumprida a Constituição Federal, sendo, portanto, inadmissível a prisão por dívida, mas se esqueceu de que o direito “de ir e vir” também é constitucionalmente previsto. Com base na decisão, se está restringindo um direito constitucional sem qualquer permissivo legal, sendo menos democrático exarar uma

¹³⁷ SÃO PAULO. Comarca de São Paulo. Foro Regional XI – Pinheiros. **Cumprimento de Sentença nº 0121753-76.2009.8.26.0011/01**. São Paulo, 25 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160909-08.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2017.

¹³⁸ ENAFAM. **Seminário – O Poder Judiciário e o novo Código de Processo Civil**. Enunciados aprovados. Brasília, 26-28 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 7 jan. 2017.

¹³⁹ SÃO PAULO. Comarca de São Paulo. Foro Regional XI – Pinheiros. **Cumprimento de Sentença nº 0121753-76.2009.8.26.0011/01**. 2ª Vara Cível. Juíza Dra. Andrea Ferraz Musa. São Paulo, 25 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160909-08.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2017.

decisão expropriatória da cidadania (não se pode esquecer que Carteira Nacional de Habilitação e Passaporte são documentos de identificação).

Não há como considerar proporcional, por conta de uma dívida civil, a limitação do direito constitucional de ir e vir. Limitar a cidadania de um indivíduo por conta de um ato negocial parece ser uma decisão totalmente ativista, com base na percepção pessoal do julgador quando esse afirma: “se o executado não tem como solver a presente dívida, também não tem recursos para viagens internacionais, ou para manter um veículo, ou mesmo manter um cartão de crédito”. É o cerceamento de um direito constitucional por uma criação do magistrado (ativismo pela criatividade judicial, conforme Marshall).

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, frisa-se decisão condenando o Estado ao fornecimento de medicamentos, destacando-se os trechos abaixo:

[...] 4. É inviável a substituição do fármaco prescrito para parte autora, pois o médico que acompanha o paciente é quem possui as melhores condições de avaliar o seu estado de saúde e prescrever o tratamento adequado para a cura da enfermidade diagnosticada, não podendo prevalecer o entendimento demonstrado em parecer genérico emitido pelos técnicos da SES que sequer tiveram contato com o doente. 5. Descabe ao Poder Judiciário avaliar acerca da efetividade do medicamento prescrito para o caso clínico do paciente, posto que somente o profissional que assiste o caso possui os elementos necessários para determinar qual o tratamento apropriado para extinguir ou mitigar a doença, sendo o responsável pela indicação dos fármacos e seus efeitos no combate à patologia diagnosticada. 6. Argumentos que não constituem óbice ao dever da administração de prestar assistência à saúde, não podendo ser utilizados para justificar gestões ineficientes, pois as políticas públicas que não concretizam os direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana desatendem o mínimo existencial, assegurado pela Carta Magna. [...] ¹⁴⁰

Da ementa colacionada, verifica-se que um dos motivos para o indeferimento do recurso foi o fato de que os argumentos “não constituem óbice ao dever da administração de prestar assistência à saúde, não podendo ser utilizados para justificar gestões ineficientes, pois as políticas públicas que não concretizam os direitos fundamentais [...]”. Todavia, no acórdão não consta qualquer análise sobre eventual eficiência ou não das políticas públicas. O julgador (tendo em vista se tratar de decisão monocrática) não efetuou qualquer tipo de análise das políticas públicas para que as considerasse ineficientes (na realidade, deveria se focar na efetividade das políticas e não na eficiência). Aqui, não se está no caso de inexistência de políticas públicas. O Poder Público, de acordo com o acórdão, fornece fármacos para a doença,

¹⁴⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70072490790**, Primeira Câmara Cível, decisão monocrática do Relator Desembargador Sergio Luiz Grassi Beck, Porto Alegre, RS, 15 de fevereiro de 2017. Publicado em 17 de abril de 2017. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70072490790&ano=2017&codigo=134857>. Acesso em: 3 jan. 2018.

entretanto não o especificamente prescrito pelo médico. Tendo em vista as capacidades limitadas do Poder Público, de qualquer um dos entes, há a necessidade de se analisar a efetividade das políticas públicas, no caso, do fornecimento de medicamentos.

O magistrado alega no *decisum*:

No que tange à ausência de informações acerca da efetividade do medicamento prescrito para o caso clínico da parte autora, somente o profissional que assiste o caso possui os elementos necessários para determinar qual o tratamento apropriado para extinguir ou mitigar a doença, sendo o responsável pela indicação dos fármacos e seus efeitos no combate à patologia diagnosticada.¹⁴¹

Desconsidera o magistrado qualquer tipo de informação que o Estado possui, qualquer conhecimento médico e, ainda, a fé pública do servidor público. O Judiciário, aqui, somente possui a palavra da parte autora e somente nela é baseada a sua decisão. E foi além, afirmou que “descabe ao Poder Judiciário avaliar acerca da efetividade do medicamento prescrito para o caso clínico do paciente” dando razão somente ao autor, quando afirma que “somente o profissional que assiste o caso possui os elementos necessários [...] sendo o responsável pela indicação dos fármacos e seus efeitos no combate à patologia diagnosticada”. O desembargador decidiu aqui, sem qualquer tipo de conhecimento sobre o mundo dos fatos, sobre questões de efetividade de tratamentos médicos, não constando, na decisão, qualquer evidência de que tenha sido solicitada perícia para verificar a eficácia do tratamento proposto, muito menos a possibilidade de se apresentar quesitos questionando a possibilidade de outros tratamentos. Para a correta convicção, não poderia ser compelida a parte autora a apresentar, por exemplo, laudo sobre a eficácia do tratamento, subscrito por médico credenciado ao Sistema Único de Saúde (SUS). Sobre a convicção judicial de que somente o fármaco apontado pelo médico pode trazer uma vida digna, com saúde, destaca-se que, inclusive, reportagem recente da revista *Época* questiona a proximidade das indústrias farmacêuticas com a classe médica.¹⁴² Não se afirma que o médico da autora tenha qualquer tipo de má-fé, mas a preferência por uma medicação, por um tipo de tratamento que, no caso, não é oferecido pelo Estado, sem qualquer conhecimento de tratamentos fornecidos pelo Estado.

¹⁴¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70072490790**, Primeira Câmara Cível, decisão monocrática do Relator Desembargador Sergio Luiz Grassi Beck, Porto Alegre, RS, 15 de fevereiro de 2017. Publicado em 17 de abril de 2017. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70072490790&ano=2017&codigo=134857>. Acesso em: 3 jan. 2018.

¹⁴² BUSCATO, Marcela. **Médicos que aceitam refeição paga pela indústria farmacêutica prescrevem droga mais cara**. Revista *Época*, São Paulo, 20 jun. 2016. Disponível em: <[phttp://epoca.globo.com/vida/noticia/2016/06/medicos-que-aceitam-refeicao-paga-pela-industria-farmacautica-prescrevem-droga-mais-cara.html](http://epoca.globo.com/vida/noticia/2016/06/medicos-que-aceitam-refeicao-paga-pela-industria-farmacautica-prescrevem-droga-mais-cara.html)>. Acesso em: 9 mar. 2017.

Essa decisão monocrática é um claro exemplo de ativismo. O julgador desconsiderou qualquer tipo de política pública fornecida pelo Estado, consubstanciado no fato de existirem remédios que tratam a enfermidade do indivíduo (Transtorno de Ansiedade – CID F-40). Houve, sim, a intervenção do Judiciário no tipo de política pública de saúde do Estado. A decisão pode ser resumida em “o Estado deve prover todo e qualquer remédio que o médico receitar, mesmo que haja a disponibilidade de outros medicamentos que possibilitem o tratamento do enfermo”. É claro, então, que houve real usurpação de função executiva por parte do Poder Judiciário.

Nessa linha, considere-se o recurso extraordinário 566.471/RN, cujo julgamento iniciou em 15 de setembro de 2016 e que foi suspenso por pedido de vista do Ministro Luís Roberto Barroso. No voto apresentado pelo relator, o Ministro Marco Aurélio de Mello, consiga o entendimento de que “[...] o ente federativo, no âmbito de cognição própria e exauriente, pode abandonar o dever se demonstrar que o medicamento [...] ou pode ser substituído por outro de menor custo e igual efeito no tocante ao tratamento de saúde envolvido”.¹⁴³ Afirma, ainda, que com a “existência de outro, com menor custo e mesma eficácia, a imprescindibilidade estará afastada”.

Sobre o tema ativismo judicial na saúde, tamanho é o nível de invasão da esfera do Poder Executivo que, muitas vezes, “com o mero recebimento da vestibular e juntada de parcos e superficiais relatórios médicos, a medida antecipatória é concedida”. O Judiciário não questiona nem se o tratamento é o indicado, se é o mais indicado, se há algum alternativo ou se, havendo um tratamento cuja onerosidade seja menor para a Administração Pública, se o administrado que receber o conteúdo liminar (muitas vezes em forma de pecúnia por sequestro judicial) terá condições de devolver a quantia no caso de improcedência da ação. Disso verifica-se que o Judiciário acaba formulando e implementando políticas públicas, aqui com relação à saúde, mas também em diversos outros direitos sociais, em detrimento das funções dos demais Poderes.¹⁴⁴

Com relação ao Supremo Tribunal Federal, esse vem ao longo dos anos possuindo uma cultura muito ativista, em que pese posições doutrinárias de que “o STF tem sido muito

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 566.471**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2565078>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

¹⁴⁴ CARVALHO, André Carlos. O impacto orçamentário da atuação do Poder Judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi do (Coord.). **Estado de Direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 27.

cuidadoso ao administrar as suas relações com os demais poderes, evitando o comportamento que a bibliografia qualifica como ativismo judicial”.¹⁴⁵

No ano de 2008, o STF julgou a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 3.999¹⁴⁶ contra resoluções do Tribunal Superior Eleitoral que disciplinaram a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária (fidelidade partidária). Tal decisão, de acordo com Soares, foi fruto do “voluntarismo dos membros da Corte Suprema em decidir questões eminentemente políticas”, demonstrando o ativismo da Corte constitucional.¹⁴⁷ Na decisão, o STF entendeu que a vaga de um parlamentar eleito em regime proporcional pertence ao partido político e não ao indivíduo, criando, dessa forma, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar (desfiliação).

Em outro caso (recurso extraordinário com agravo nº 639.337), julgado no mesmo ano, o STF estabeleceu que cabe ao Estado assegurar vagas em creches para as crianças de até 05 (cinco) anos de idade em escola próxima à residência dessas ou ao local de trabalho dos genitores. O argumento para tal entendimento deve-se ao fato de que:

[...] se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez [...]¹⁴⁸

Aqui se verifica a presença de uma usurpação da função de definir políticas públicas, no caso, a definição de localização de estabelecimentos escolares. O STF, atuando acima de suas funções, acaba por transferir ao Poder Executivo a obrigatoriedade de, independentemente de qualquer viabilidade técnica e econômica, manter creches para crianças até 05 (cinco) anos de idade em local próxima à residência do infante ou do local de labor dos pais. A Constituição Federal garantiu o direito à educação, mas não estabeleceu termos para tal. O ônus do Estado é

¹⁴⁵ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p.48.

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.999**, Tribunal Pleno, Relator Min. Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 12 de novembro de 2008. Data da publicação: 17 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2584922>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

¹⁴⁷ SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil e perda de mandato parlamentar**: as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre infidelidade partidária. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015. p. 86.

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337**, Segunda Turma, decisão monocrática do Relator Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 21 de junho de 2011. Data da publicação: 29 de julho de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4063691>>. Acesso em: 6 mar. 2017.

o de prover o ensino, mas não necessariamente em local próximo à residência da criança ou do local de trabalho dos genitores, mas sim de acordo com condições técnicas que permitam uma maior efetividade na utilização dos recursos públicos.

Dentre outros casos tidos como ativismo judicial, cita-se o da ação de descumprimento de preceito fundamental nº 54,¹⁴⁹ na qual se analisou a viabilidade de aborto em caso de gestação de feto anencefálico, da fidelidade partidária e da união estável homoafetiva.

Destaca-se, também, a decisão sobre a demarcação de terras indígenas (Raposa/Serra do Sol)¹⁵⁰, onde se alegou invalidade da Portaria nº 534/2005 do Ministério da Justiça e do decreto do Presidente da República homologatório da demarcação das terras. O Tribunal julgou parcialmente procedente a contenda, declarando a legalidade e constitucionalidade da portaria. Todavia, impôs à Administração Pública 19 (dezenove) requisitos a serem observados, estando nesse ponto o ativismo judicial, pois criou condições sem qualquer tipo de previsão legal existente (isto é, legislou sobre a matéria na decisão).

E não é somente nas decisões do STF que tem ficado evidenciado o ativismo. Os membros da Suprema Corte brasileira o têm defendido em outras oportunidades, como se verifica no discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello, em nome do STF, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na presidência da Suprema Corte do Brasil, em abril de 2008:

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito [...]

Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, **tornam-se uma necessidade institucional** [...] (Grifo meu).¹⁵¹

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**, Tribunal Pleno, Relator Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, 12 de abril de 2012. Data da publicação: 30 de abril de 2013. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 6 mar. 2017.

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 3.388**, Tribunal Pleno, Relator Min. Carlos Britto, Brasília, DF, 19 de março de 2009. Data da publicação: 25 de setembro de 2009, republicado em 1º de julho de 2010. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2288693>>. Acesso em: 6 mar. 2017.

¹⁵¹ MELLO, Celso de. **Discurso proferido por ocasião da solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes como presidente do STF**. Brasília, DF, 23 abr. 2008. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCMposseGM.pdf>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

Ainda quanto ao ativismo judicial no STF, inúmeros doutrinadores já efetuaram análises e estudos acerca do papel ativista da Corte, corroborando toda a difícil temática de definição do ativismo judicial. Campos, em sua obra, sistematiza e descreve diferentes dimensões do ativismo judicial no STF. São elas as dimensões metodológica, processual, estrutural (ou horizontal), de direitos e antidialógica.¹⁵²

Por dimensão metodológica, entende-se uma forte criação do direito, pelo fato de o STF se perceber como um concretizador dos valores constitucionais contemporâneos, a partir dos quatro seguintes comportamentos: (i) interpretação e aplicação das normas constitucionais; (ii) interpretação conforme a Constituição e declaração de nulidade parcial; (iii) controle da omissão legislativa inconstitucional; (iv) decisões maximalistas.

Quanto ao item (i), isto é, a interpretação e aplicação das normas constitucionais, o STF tem desenvolvido condutas fundadas meramente na efetividade e concretização dos direitos, por conta da autoaplicabilidade de normas de direitos fundamentais e dos “valores estruturantes de nossa ordem político-democrática”. Segundo o autor, a Suprema Corte teve tal comportamento quando julgou o caso do nepotismo, sendo o “paradigma dessa hipótese de ativismo metodológico”. É, então, ativista,

[...] porque naturalmente dotada de alto teor de criatividade normativa, toda decisão judicial expansiva dos significados de princípios constitucionais abstratos e imprecisos a ponto de regular diretamente condutas concretas, excluir o espaço de liberdade de conformação do legislador democrático, criar novas regras constitucionais e direitos fundamentais implícitos, não obstante esses princípios revelarem tão só os fins constitucionais relevantes a serem concretizados e não os meios concretos a serem empregados.¹⁵³

O ativismo na dimensão metodológica acaba sendo aplicado através de princípios abstratos, indefinidos, vagos, imprecisos, bem como através de decisões que criam regras constitucionais, decorrentes da estrutura da norma constitucional (ex.: infidelidade partidária¹⁵⁴), expandindo o conteúdo normativo a ponto de criar regra constitucional nova (ex.:

¹⁵² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2014. p. 275-338.

¹⁵³ Ibidem, p. 279.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 197.917**, Tribunal Pleno, Relator Min. Maurício Corrêa, Brasília, DF: 6 de junho de 2002. Data da publicação: 7 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2288693>>. Acesso em: 6 mar. 2017.

caso Mira-Estrela, sobre o número de vereadores¹⁵⁵) e, por fim, extraindo direito fundamental “novo” do texto constitucional (relações homoafetivas¹⁵⁶).

Com relação ao item (ii), a Corte acaba por interpretar normas infraconstitucionais conforme os textos e valores constitucionais. Ao contrário do item (i), aqui há a aplicação indireta da Constituição e direta das leis, incluindo a manutenção de textos de menor hierarquia, mas excluídas “interpretações inconstitucionais”, podendo resultar em declaração de nulidade parcial (tendo em vista a manutenção do texto normativo) com ou sem redução de texto.¹⁵⁷

No tocante ao item (iii), o controle da omissão legislativa inconstitucional, o ativismo do STF se dá utilizando-se de lacuna legislativa por “eventual” omissão dos parlamentares para realizar o que a Constituição determina, podendo existir casos de inércia total (ex.: ausência de disciplina a respeito da greve dos servidores públicos) ou relativa (ex.: extensão dos benefícios fiscais do Imposto de Importação para empresas importadoras de pneus).¹⁵⁸

Por fim, as decisões maximalistas (iv) são “amplas e profundas, restringindo as ações futuras dos legisladores e diminuindo a margem de liberdade decisória dos juízes de instâncias inferiores” (geram precedente vertical).¹⁵⁹

O ativismo judicial processual é fruto da ampliação do uso e formas de uso dos processos constitucionais previstos pelo ordenamento, acrescentando possibilidades fáticas para propositura das ações (cabimento), dos recursos e, talvez o mais danoso, dos efeitos das decisões da Corte. São comportamentos de tal ativismo as propostas de autoampliação da eficácia das decisões de inconstitucionalidade, a busca pela amplitude do cabimento do instrumento da reclamação, de modo a realizar-se por meio dessa o controle incidental de constitucionalidade, a amplitude do uso de mandado de injunção para decidir além do caso concreto, a construção de súmulas vinculantes a partir de decisões não reiteradas e o uso irrestrito e não criterioso da repercussão geral. Dos itens acima, talvez o que tenha maior impacto para o direito seja a criação das súmulas vinculantes, na qual o STF cria o direito, pelo fato de, através de sua interpretação, regravar, vinculando todos os Poderes, dispositivos constitucionais.

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança nº 26.602**, Tribunal Pleno, Relator Min. Eros Grau, Brasília, DF, 4 de outubro de 2007. Data da publicação: 17 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2513855>>. Acesso em: 6 mar. 2017.

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132**, Tribunal Pleno, Relator Min. Ayres Britto, Brasília, DF, 5 de maio de 2011. Data da publicação: 14 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>>. Acesso em: 6 mar. 2017.

¹⁵⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2014. p. 287-295.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 295-303.

¹⁵⁹ Ibid., p. 303-305.

Quanto ao estrutural ou horizontal, Campos estabelece que

[...] com o avanço jurisprudencial do Supremo, todas as decisões relevantes dos outros poderes estão sujeitas ao controle de legitimidade constitucional pela Corte, e as razões políticas ou empíricas dessas decisões relevantes estão todas inteiramente sujeitas a esse controle sem gozar de qualquer precedência normativa.¹⁶⁰

Isto é, não há qualquer deferência da Corte constitucional para com os outros Poderes, interferindo em toda e qualquer decisão prévia.

O ativismo judicial de direitos impõe ao Estado decisões de caráter ativista, com o fito de favorecer a concretização de direitos fundamentais. Tais direitos fundamentais possuem caráter negativo (defesa do administrado contra os desmandos do Estado) e caráter positivo (prestações a serem realizadas pelo Estado). No primeiro item, o STF restringe o poder regulatório, investigativo e punitivo do Estado, já no segundo a Corte expande direitos fundamentais, impondo prestações positivas, interferindo no poder de legislar, nas políticas públicas, inclusas as decisões alocativas de recursos em favor dos direitos sociais e econômicos.

Por fim, a dimensão antidialógica corresponderia ao STF entender-se como único intérprete constitucional, como quando a Corte nega a possibilidade de lei ordinária realizar interpretação de dispositivo constitucional contrária ao entendimento anterior do órgão. No caso, o Supremo fecha-se em si mesmo, sem qualquer abertura aos demais Poderes com o fito de agregar conhecimentos para a construção dos significados constitucionais.

Após analisar diversos mandados de injunção, suas características e decisões, Valle afirma que, em resumo, a Suprema Corte, em seus votos, afirma e reafirma a necessidade do *writ* ir ao encontro da concretização dos direitos constitucionalmente determinados, dar guarida e efetividade aos direitos fundamentais, mesmo que se tenha que trilhar um caminho nebuloso, através de uma tênue linha entre a “concepção de equilíbrio e harmonia entre os Poderes”, pois tal linha não pode se configurar como um impedimento aos direitos fundamentais dos cidadãos – que não estariam sendo concretizados pela ineficácia ou, até mesmo, omissão legislativa, quando a Carta exige normas que deem eficácia aos direitos.¹⁶¹

Os julgados do Tribunal Constitucional podem, conforme Lima, ser classificados em três critérios: de intervenção do Tribunal frente aos demais Poderes, concentração de competências jurisdicionais, com a centralização do controle de constitucionalidade e, por fim,

¹⁶⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2014. p. 314.

¹⁶¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 61.

apreciação de questões morais sensíveis, antecedidas ou não de deliberação nos poderes majoritários. No primeiro caso, na seara legislativa, estaria o caso de fidelidade partidária, verticalização das coligações partidárias, cláusula de barreira e proteção das minorias parlamentares (pois isto esvaziaria a atuação das minorias – tentar destacar voto ADI 1351), o direito líquido e certo à instauração de comissões parlamentares e na utilização do Mandado de Injunção (MI), com o fito de não meramente declarar a omissão legal, mas preencher o vazio legislativo¹⁶² e as súmulas vinculantes.¹⁶³ Quanto à invasão das funções executivas, surge o debate sobre as escolhas das políticas públicas do Poder Executivo. Aqui, o STF acaba, em suas decisões, intervindo no processo de formulação e implementação das políticas públicas, determinando obrigações, prestações positivas ao Poder Executivo de todas as esferas. Substitui ou verifica omissões, determinando medidas concretas aos Gestores Públicos. Já no segundo ponto, temos como exemplo o avanço do STF sobre a competência dos demais órgãos judiciais, concentrando na Corte a atividade de fiscalização da constitucionalidade (não se esquecendo que o Brasil possui sistema difuso e concentrado de constitucionalidade). Cita-se, como exemplo, o uso da modulação dos efeitos, das súmulas vinculantes (que podem ser entendidas como uma legislação por parte do STF), na aplicação da regra do art. 27 da lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, à decisão em recurso extraordinário e vinculação dos motivos determinantes do julgado e, ainda, mutação constitucional e desconhecimento da tradicional competência privativa do Senado Federal para suspender a execução da norma declarada inconstitucional (ainda que isso seja uma invasão aos poderes instituídos ao Senado pela Constituição Federal). Com relação ao terceiro ponto, temos questões de grande impacto social, como a ADI 3.510/DF, que tratou das células-tronco e união de pessoas do mesmo sexo.¹⁶⁴

Quanto à modulação dos efeitos, para Ramos não há na “manipulação da eficácia temporal das decisões de controle em si nenhuma manifestação de ativismo judicial”. Entende o autor que a manipulação temporal (modulação) faz parte do permissivo legal, podendo o órgão valer-se de tal faculdade conferida normativamente.¹⁶⁵

Em 2016, houve enorme ativismo judicial por parte do STF, o que ocasionou o protagonismo frente a todos os Poderes, considerando-se, inclusive, que foi ano de eleições municipais e sob o midiático efeito da Operação Lava-Jato. Algumas decisões se destacaram:

¹⁶² Cf. Mandados de Injunção 712, 708, 721, 670, perante o STF

¹⁶³ Para Ramos, “a doutrina tem reconhecido de modo praticamente uníssono a natureza normativa da súmula vinculante”. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 312.

¹⁶⁴ LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 279-296.

¹⁶⁵ RAMOS, op. cit., p. 205.

a possibilidade de execução da pena de prisão após a condenação em segunda instância, a suspensão da posse de Luís Inácio Lula da Silva como Ministro Chefe da Casa Civil, a suspensão do mandato do Deputado Eduardo Cunha, a decisão de não ser considerado crime o aborto até o 3º (terceiro) mês de gestação, o afastamento, primeiramente, da Presidência do Senado e, após, da linha sucessória da Presidência da República, do Senador Renan Calheiros, a remessa, à Câmara dos Deputados, do Projeto de Lei de Iniciativa Popular sobre as 10 (dez) medidas de combate à corrupção, para reiniciar o seu trâmite, a consulta do Congresso Nacional ao STF para a definição do rito do processo de *impeachment* e todos os mandados de segurança relativos ao processo. Somente tais itens demonstram a força total do ativismo judicial do STF em 2016, inclusos, propositalmente, temas que são fruto não de ativismo, mas de judicialização da política, mas que demonstram a importância que a Corte possui, atualmente, para a sociedade brasileira.¹⁶⁶

Destaca-se que diversos fatores impulsionaram o ativismo judicial brasileiro. Alguns também são fatores de crescimento da judicialização da política, como o Estado intervencionista, Estado provedor que, por vezes, leva juízes e Cortes a desconsiderarem qualquer tipo de limitação, seja ela do próprio ordenamento jurídico (como a separação dos Poderes), seja limitações de ordem material e/ou fática (a reserva do possível será tratada em específico posteriormente), para que haja a mais célere concretização dos direitos fundamentais, sem a avaliação ou o conhecimento técnico. Esse “empoderamento” estatal por parte de magistrados e tribunais também se vislumbra na “intensificação do controle abstrato de normas, que induz o incremento do ativismo judicial pela maior proximidade da fiscalização de constitucionalidade, assim efetuada, do exercício da função legislativa”.¹⁶⁷

Para finalizar, antes de ser iniciada a discussão sobre políticas públicas, ressalta-se o alerta de Eurico de Bitencourt Neto acerca do discurso ativista sob “pena de o discurso jurídico se confundir com discurso panfletário, inútil para propiciar real efetividade dos direitos a prestações fáticas, por não oferecer instrumentos juridicamente adequados para tanto”.¹⁶⁸

¹⁶⁶ MEDINA, Damares. **Ativismo e protagonismo do STF em 2016**. Os Constitucionalistas. Brasília, DF, 5 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-e-protagonismo-do-stf-em-2016>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

¹⁶⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 330.

¹⁶⁸ BITENCOURT NETO, Eurico. **Mandado de Injunção na tutela de direitos sociais**. Salvador: Juspoivm, 2009. p. 91-92.

3. ATIVISMO JUDICIAL, POLÍTICAS E GESTÃO PÚBLICA: RELAÇÕES COMPLEMENTARES OU TENSIONAIS

Expostas as teorias sobre as políticas públicas e o fenômeno do ativismo judicial, este capítulo tratará de avaliar a relação entre eles. Será realizada uma análise objetiva do quadro de tensionamento e/ou complementariedade (benefícios e críticas), ataques e defesas de que o ativismo judicial é bom ou ruim para as políticas públicas, com críticas apontando um posicionamento acerca dos pontos.

Como visto nas discussões doutrinárias, em sede de políticas públicas (exercidas pelos Poderes Executivo e Legislativo), o controle judicial das políticas públicas é visto como ativismo, por encontrar-se na seara do ativismo de remédios (Marshall¹) ou, como na visão de Campos, por tratar-se da falta de deferência do Judiciário em relação aos demais Poderes e/ou à afirmação de direitos e/ou políticas públicas e sociais (o Judiciário atuando na formulação e implementação de políticas públicas).² Na classificação proposta por Lindquist e Cross, a falta de deferência aos demais Poderes é um ativismo institucional, no qual o Judiciário “substitui” os atos e normas de outros Poderes, expandindo as suas funções e, por óbvio, invadindo a esfera dos demais.³

Na visão de Valle, existem três posicionamentos acerca do tema: os que são favoráveis (tidos como ativistas), e os que condenam a interferência do Judiciário na matéria e “toda uma miríade de posições intermediárias, muitas vezes inspiradas mais pelo clamor que decorre dos detalhes do caso concreto do que por uma sistematização teórica do conceito e de seu significado para o sistema do direito”.⁴ Um dos autores que adota tal posição intermediária é Maurício Júnior, segundo o qual há algumas matérias, em políticas públicas, controláveis pelo Poder Judiciário, sem que isso seja considerado ativismo.⁵ Entre elas, o autor destaca as vinculações constitucionais explícitas. A Constituição Federal impõe ao Estado a aplicação de um valor mínimo para cada um dos entes, equivalente a um percentual da Receita em educação (art. 212, *caput*) e saúde (art. 198, § 2º c/com art. 6º da Lei Complementar n.º 141, de 13 de

¹ MARSHALL, William P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. **University of Colorado.Law Review**, Colorado, v. 73, n. 4, p.1217-1256, 2002. p. 1220.

² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2014. p. 165-174.

³ LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. **Measuring Judicial Activism**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 134.

⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. Minas Gerais: Editora Fórum Ltda, 2016. p. 104.

⁵ MAURÍCIO JR. Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 311p. p. 264-275.

janeiro de 2012). O percentual, para o cálculo dos recursos obrigatórios na manutenção e desenvolvimento do ensino, possui como base a “receita resultante de impostos”, e no caso da saúde é “o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os art.s 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II”, por exemplo, para os estados. Posto haver um critério objetivo na Constituição, a avaliação do cumprimento de tal mandamento é objetivo.⁶

Outra situação que não seria considerada ativismo judicial são políticas públicas incluídas no orçamento, mas não implementadas, ressalvada a hipótese de redução orçamentária, nos termos do art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000). Acerca da referida exceção, deve-se deixar claro que o orçamento aprovado é autorizativo e que despesas públicas somente podem ser efetivadas se nele constarem e se existirem recursos financeiros para tal. E, conforme estabelecido na referida lei, nos casos em que as receitas efetivamente arrecadadas se revelarem menores que as previstas, o orçamento poderá sofrer contingenciamento, *in verbis*:

Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias. [...]

§ 2º Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias.

Questão que pode advir de tal entendimento trata-se dos “problemas técnicos para o fornecimento da prestação” (“Se não houver um meio tecnicamente adequado para o fornecimento da prestação ou se a prestação requerida não for adequada para atingir os fins pretendidos, a omissão administrativa – ou melhor, a não ação – é justificável”). Com isso, chega-se à conclusão de que, para Maurício Jr., poderia ser objeto de controle judicial, legitimamente, a não implementação de políticas públicas incluídas no orçamento, desde que estas a) não estejam relacionadas a obrigações legais e vinculações constitucionais explícitas; b) não tenham sido formalmente excluídas da peça orçamentária na forma que dispõe a LRF; e c) não apresentem problemas técnicos que inviabilizem sua execução.⁷

⁶ MAURICIO JR., Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**: a intervenção judicial em políticas públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 311p. p. 264.

⁷ *Ibidem*, p. 265-268.

O terceiro item refere-se a políticas públicas aprovadas em lei, mas não incluídas no orçamento. Aqui, considerado o art. 37, *caput*, da Constituição Federal, o Gestor Público deve seguir os normativos e, quando criada a política pública, deve incluí-la no orçamento. Alerta-se, entretanto, que não se está a tratar de política pública em seu sentido lato (como políticas de saúde), mas sim no específico (como as políticas públicas de tratamento de indivíduos soropositivos). Corolário de tal item, em seu espectro contrário, é a execução de políticas públicas não contempladas no orçamento, por infringência à legalidade, posto que, sendo o orçamento autorizativo, somente poderão ser executadas as políticas lá constantes. Aqui não se fala em volume financeiro, mas sim na determinação da política.⁸

Feita tal observação, explana-se sobre os itens que trazem as maiores celeumas, os maiores pontos tensionais e complementares entre as políticas públicas e o ativismo judicial.

3.1 Falta de legitimidade do Poder Judiciário para interferência nas políticas públicas

Com a finalidade de explicar cada um dos aspectos que a doutrina entende como falta de legitimidade, serão apresentados os seguintes itens: separação dos poderes (falta de legitimidade formal, de competência), democracia, falta de legitimidade política, caráter contramajoritário e eventual quebra do princípio da igualdade/isonomia. Como afirmado, em cada um dos itens serão apresentados argumentos tensionais e complementares.

3.1.1 Separação dos poderes

A Constituição brasileira proclama a independência e a harmonia entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, disposição proveniente do princípio da separação dos poderes surgido como forma de proteção dos direitos fundamentais contra o exercício arbitrário do poder por parte do governante.

A denominada “tripartição dos Poderes” foi proposta por Montesquieu em sua obra *O espírito das leis*. Segundo o autor, tal divisão tem como objetivo impedir que um Poder se sobreponha ao outro, incumbindo aos Poderes a tarefa de fiscalizar uns aos outros, o que se convencionou chamar de “sistema de freios e contrapesos”. Montesquieu estabeleceu, então, a delimitação de poderes e instrumentos externos com a finalidade de fiscalizar eventuais excessos e evitar a tirania. Ressalta-se que a teoria surgiu em um contexto histórico no qual o

⁸ MAURICIO JR., Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**: a intervenção judicial em políticas públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 311p. p. 270.

absolutismo era permeado por uma tirania real e o povo, maltratado, desejava um controle sobre as atividades dos governantes.⁹ Na França revolucionária, quando da formalização da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, deixou-se claro a necessidade da separação dos poderes ao se positivar no respectivo art. 16 que “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.¹⁰ A intenção foi evitar a concentração de poder na mão de um único Poder para que os então direitos de primeira geração pudessem ser assegurados.

No Brasil, tendo em vista que a Constituição está acima de todos os Poderes, há “uma separação de funções e não de poderes, uma vez que todos os ‘poderes’ estão abaixo da Constituição”. De acordo com Américo Bedê Freire Júnior, “[...] trata-se da premissa hermenêutica de que o poder estatal é um só, materializado na Carta Maior, da qual se extrai que a separação das funções tem como objetivo viabilizar a máxima efetividade das normas constitucionais’.¹¹

Essa máxima efetividade se daria por conta de uma especialização da matéria, separando-os tendo em vista as funções de cada um dos Poderes.¹²

Cada um dos Poderes terá as suas funções devidamente delimitadas e, com estas, assumirá a responsabilidade por “micro-objetivos” dentro de um objetivo maior do Estado, que é servir à sociedade, realizar as necessidades sociais, bem como garantir os Direitos Fundamentais e a felicidade do povo. Para Rodrigo Pires da Cunha Boldrini, a separação dos poderes possui três sentidos:

O primeiro, de controle recíproco entre as instituições, por meio de um sistema de freios e contrapesos, em que o poder freie o poder, impedindo abusos. O segundo, o sentido de organização política, por meio da atribuição das funções de elaborar a lei, de exercer o governo e de dizer o Direito, fixando competências e padrões de interação entre os órgãos. E, por fim, o terceiro sentido que é garantir direitos, por meio da obediência ao padrão objetivo e justo, estabelecido na Constituição e aferido pelo Judiciário, por meio do controle de constitucionalidade.¹³

⁹ LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficácia administrativa e ativismo judicial**: escolhas orçamentárias, políticas públicas e o mínimo existencial social. Curitiba: Íthala, 2015. p. 143.

¹⁰ DECLARAÇÃO dos direitos do homem e do cidadão de 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em 28 nov. 2017.

¹¹ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 37.

¹² Para Rodrigo Pires da Cunha Boldrini, “A teoria da divisão funcional do poder distingue três funções estatais: legislativa, executiva e judiciária. Cada uma dessas funções é atribuída a um órgão distinto e independente dos demais” (BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. **Garantia de direitos e separação de Poderes**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2017. p. 192).

¹³ *Ibidem*, p. 194-195.

No sistema jurídico, pelo princípio da separação dos poderes (funções), discriminam-se, nas competências de cada um dos Poderes (órgãos), as atribuições típicas e aquelas que, embora não sejam as primordiais de cada Poder, são exercidas por eles de forma excepcional (por exemplo: por serem dotados de autonomia administrativa, os Poderes Legislativo e Judiciário acabam realizando atos que seriam de competência do Executivo, como a realização de licitação para contratação de serviços e obras próprias, e de concurso público para preencher seus quadros de pessoal, etc.). Contudo, feita esta ressalva, as funções típicas de cada Poder não podem ser exercidas por outro.¹⁴

Antes da explanação sobre as relações entre o ativismo judicial, as políticas públicas e a separação dos Poderes em si, cabe registrar a advertência de Maurício Júnior, no sentido de que o “confronto entre um ativismo judicial e a divisão dos poderes no Estado é um assunto distinto da tensão entre constitucionalismo e democracia”.¹⁵ Faz-se tal observação porque, mais adiante, será apresentado o critério democrático, ou não, do ativismo judicial, desejando-se, por hora, restringir a dialética ao campo da separação dos poderes.

O confronto entre ativismo judicial e separação dos poderes prende-se, como veremos, à possível invasão, pelo Judiciário, de competências reservadas aos Poderes Legislativo e Executivo na Constituição.¹⁶

Iniciamos com os argumentos de Thiago Lima Breus, de que “[...] é próprio da natureza do Poder Judiciário a interferência no exercício das atividades dos demais Poderes estatais, na condição de Poder com a atribuição de verificar a compatibilidade das atividades destes Poderes com a Constituição Federal”.¹⁷

A partir da premissa de que o Poder Judiciário tem protagonismo na exaltação da Constituição, caberia aos tribunais a verificação da constitucionalidade dos atos dos demais Poderes. Logo, para esse autor, a intervenção não é uma ação ativista, voluntariosa das cortes, mas sim meramente parte de sua competência natural.

Na mesma linha, Boldrini entende que o Poder Judiciário poderia controlar os atos do Poder Executivo, posto que “o princípio da separação de Poderes não pode servir como uma

¹⁴ LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficácia administrativa e ativismo judicial**: Escolhas orçamentárias, políticas públicas e o mínimo existencial social. Curitiba: Íthala, 2015. p. 155.

¹⁵ MAURÍCIO JR., Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**: a intervenção judicial em políticas públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 311p. p. 143.

¹⁶ Ibidem, loc. cit.

¹⁷ BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado Constitucional**: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007. 287p. p. 246.

justificativa para que o Poder Executivo furte-se ao juízo do Poder Judiciário, no caso de descumprimento da Constituição”.¹⁸

A harmonia e independência entre os Poderes constitucionalmente estabelecidos significa que o Judiciário, aqui exemplificado pela figura do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, é um Poder capaz de aferir a constitucionalidade dos atos dos demais Poderes – mas não somente os atos, também as omissões.

Para além da possibilidade de interferência do Poder Judiciário nos demais Poderes, visando garantir os direitos dos cidadãos contra os atos praticados pelos demais Poderes em violação à Constituição, a harmonia e a independência entre os mesmos também se justifica para afastar inconstitucionalidades decorrentes de omissões. Assim, no caso de descumprimento de um direito fundamental como, por exemplo, um direito social, por inércia do responsável por agir, o Judiciário estaria incumbido da tarefa de suprir o vácuo e decidir favoravelmente ao cidadão, compelindo o Estado (aqui na figura do Executivo) a garantir o referido direito.

Considerando que as políticas públicas consistem em instrumentos de realização dos ditos direitos sociais (prestacionais), Elísio Augusto Velloso Bastos conclui que “melhor eficácia da Constituição da República, sobretudo em relação aos Direitos Sociais, terá lugar por meio de um papel ativo do Poder Judiciário no controle da realização de políticas públicas”.¹⁹

A partir dessas premissas, a conclusão a que se chega é a de que, na verdade, não existiria ativismo judicial predatório, não passando de mito o papel intervencionista atribuído ao Judiciário. Na verdade, age o Poder Julgador na esfera que lhe compete por determinação da própria Constituição, ou seja, interpretando-a, e mais, de acordo com a realidade social atual, valendo-se dos instrumentos que lhe sejam úteis para atingir o máximo de justiça possível em suas decisões.²⁰

Nessa linha, o Ministro Celso de Mello, na decisão da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, afirmou que não está originariamente inclusa nas atribuições do Poder Judiciário a implementação de políticas públicas, mas que poderão os órgãos judiciários implementá-las “[...] se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a

¹⁸ BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. **Garantia de direitos e separação de poderes**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2017. p. 211.

¹⁹ BASTOS, Elísio Augusto Velloso. A importância da cidadania na definição e implementação de políticas públicas. In: MORAES, Alexandre de; KIM, Richard Pae. **Cidadania: o novo conceito jurídico e a sua relação com os direitos fundamentais individuais e coletivos**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 145.

²⁰ TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Ativismo judicial e políticas públicas**. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2011. p. 118-119.

eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos”.²¹ Assim, o Judiciário fiscalizaria o cumprimento dos limites e das obrigações dos demais Poderes. No que o Executivo e o Legislativo não estivessem atuando nos seus âmbitos de atuação, poderia haver a intervenção do Judiciário complementando, no caso, as políticas públicas.²²

No mesmo sentido, Osvaldo Canela Júnior defende a possibilidade de o Poder Judiciário possuir papel residual na formulação e na implementação de políticas públicas, ainda que o protagonismo esteja com os Poderes Legislativo e Executivo.²³ Devem incidir, aqui, o princípio da proporcionalidade e o princípio do legislador negativo, como instrumentos para a avaliação, pelo Judiciário, da necessidade, da adequação e dos limites de sua intervenção em matéria de políticas públicas. Por meio desses, é possível verificar-se a adequação do instrumental hermenêutico às políticas públicas.²⁴

Boldrini afirma que, deixados para traz o absolutismo e o parlamentarismo (protagonismo do Executivo e Legislativo), a tendência à “juristocracia” não significará “governo dos juízes”, mas sim uma separação dos Poderes que reconheça o Judiciário como um Poder independente e capaz de controlar os atos das demais instituições políticas”.²⁵ O autor defende a possibilidade de um Poder Judiciário independente e controlador dos demais, pois os Poderes Executivo e Legislativo tendem a ter anseios de concentração de poder, o que levaria a um pretense abuso. A atuação do Judiciário, de forma mais incisiva, poderia evitá-lo.²⁶

No viés contrário (o da impossibilidade de interferência do Poder Judiciário, sob pena de se configurar ativismo judicial), inicia-se a exposição afirmando que as críticas quanto ao ativismo “dirigem-se ao excesso ou à frequência de tais atuações, que extrapolam os limites constitucionais de competência”²⁷ ou, em outras palavras, “que os juízes estão impondo suas preferências aos representantes eleitos e demais instâncias de poder, em detrimento da

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45**, Tribunal Pleno, Relator Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 29 de abril de 2004. Data da publicação: 4 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>>. Acesso em: 6 mar. 2017.

²² BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado Constitucional**: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007. 287p. p. 250.

²³ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 147.

²⁴ SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 132.

²⁵ BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. **Garantia de direitos e separação de poderes**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2017. p. 182.

²⁶ Ibidem, p. 221-226.

²⁷ RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. **A revisão do princípio da separação dos Poderes**: por uma teoria da comunicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 71.

distribuição normativa de competências”.²⁸ Nesse sentido, os membros do Judiciário estariam usurpando ou avocando funções de outros Poderes.²⁹ Para deixar claro, não se está dando o sentido do Direito Administrativo de avocação, mas sim o sentido de puxar para si, sem hierarquia entre os Poderes. Porém, tendo em vista que existem diferentes pontos de vista acerca da última palavra da Constituição, de o Judiciário entender que ele é a última palavra,³⁰ haveria mesmo uma avocação da interpretação da forma de adimplemento dos direitos sociais pelo Judiciário.

A separação dos Poderes com suas funções de governo, legislação e jurisdição determina um limite à atuação de cada um deles, devendo haver o devido respeito de um em relação aos demais no que diz respeito ao respectivo exercício.³¹ Assim, não caberia ao Judiciário a competência originalmente disposta na Constituição para as funções de governo, das quais se incluem as políticas públicas, desde a identificação do problema até a extinção da política.³²

A função jurisdicional, de controle, embora existente, não poderia se confundir com as atribuições de outros Poderes. Aqui, não está se negando o controle de constitucionalidade, mas tratando da possibilidade “de definir a extensão desse controle, de modo a não ocorrer uma usurpação da competência dos demais Poderes pelo Judiciário”.³³

A propósito, Flávia Santiago Lima afirma que “[...] haveria ativismo quando o tribunal utiliza prerrogativas típicas dos ramos legislativo e executivo, como a tomada de decisões políticas e determinação de garantias para sua efetivação, no processo de interpretação da lei à luz da Constituição”.³⁴ Repisa-se que a Carta Magna brasileira regulou as atribuições do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, prevendo expressamente as atribuições típicas de

²⁸ LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política**: ativismo e autocontenção no STF. Curitiba: Juruá, 2014. p. 189.

²⁹ Para Daniel Passos Silva, “o ativismo judicial representa o exemplo mais contundente da ausência de legitimidade da intervenção judicial nas políticas públicas” (PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nos políticas públicas**: o problema da legitimidade. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 126).

³⁰ Para Juliana Cristina Diniz Campos e Rômulo Richard Sales, existe “na experiência constitucional brasileira, um discurso de supremacia judicial, isto é, a ‘última palavra’ a respeito do significado da Constituição pertence aos juízes, prevalecendo seu ponto de vista às demais instituições políticas e sem a possibilidade de reverter por decisão legislativa ou popular” (CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; MATOS, Rômulo Richard Sales. *Entre Cortes e Parlamentos: a “última palavra” sobre a interpretação da Constituição*. In: CAMPOS, Juliane Cristine Diniz; MATOS, Rômulo Richard Sales. **Democracia e Jurisdição Constitucional**: estudos de interpretação da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 20-21).

³¹ BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. **Garantia de direitos e separação de poderes**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2017. p. 174.

³² SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2015. p. 44-69.

³³ MAURÍCIO JR., Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**: a intervenção judicial em políticas públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 311p. p. 164.

³⁴ LIMA, op. cit., p. 189.

cada Poder constituído e a proibição de que sejam exercidas por outro órgão ou Poder. Como bem menciona Helton Kramer Lustoza:³⁵

[...] dentre as características que a doutrina descreve da separação dos poderes, aparece o conceito de indelegabilidade, que significa que as atribuições típicas que pertencem a cada poder constituído não poderão ser exercidas por outro, salvo casos previstos na própria constituição.

Para Diógenes V. Hassan Ribeiro, essa ocupação das funções dos outros Poderes seria uma “atuação disforme”.³⁶ E, como já explanado, tal “atuação disforme” se dá pelo fato de não ser o Poder Judiciário o competente para o estabelecimento de políticas públicas. Isso acarreta uma deformidade nas atribuições e na própria configuração da separação dos poderes, tendo em vista que, no mínimo, haverá um sobreposição de funções, com o Judiciário ocupando em conjunto com o Executivo a competência de executar políticas públicas, quiçá tomando posse de atribuições (aqui se toma emprestado o conceito de posse e propriedade do direito civil, sendo a Constituição Federal o título que confere o direito de o Poder Executivo implementar políticas públicas, cujos atos materiais de execução poderiam ser delegados a ONGs, OSCIPs, etc.). Essa invasão/ocupação das competências de governo, para Ana Carolina Lopes Olsen, com base na doutrina de Habermas, “significaria uma deturpação do princípio da separação dos poderes, e uma invasão (‘colonização’) do mundo da vida pelo Direito”.³⁷

Por fim, traz-se a crítica de Lazari, segundo o qual o ativismo judicial não deve ter guarida visto que “[...] municiar o Judiciário com cláusula imperativa de determinação de políticas públicas é torná-lo superior às demais funções [...]”.³⁸

Tais argumentos são naturais ao ativismo judicial em si e a essa concepção de o Poder Judiciário adentrar competências constitucionalmente referidas a outros Poderes.

3.1.2 Democracia, legitimidade e caráter contramajoritário do ativismo com relação às políticas públicas

³⁵ LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficácia administrativa e ativismo judicial**: Escolhas orçamentárias, políticas públicas e o mínimo existencial social. Curitiba: Íthala, 2015. p. 209.

³⁶ RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. **A revisão do princípio da separação dos poderes**: por uma teoria da comunicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 70.

³⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. 1ª ed. (ano 2008), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 273.

³⁸ LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial**: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade. 2ª ed. ver. e atual. Curitiba: Juruá, 2016. 224p. p. 185.

Para a explicação da censura referente à existência de déficit democrático na atuação do Judiciário na seara das políticas públicas, parte-se da caracterização do que é democracia.

Democracia, dentro da clássica visão do grego, significa governo do povo (*demos* = povo e *cracia* = governo). O Estado, antes mesmo de ser jurídico, é político e democrático. Caracteriza-se como “fundamento (governo do povo), funcionamento (governo pelo povo) e finalidade (e para o povo) que define o direito em nosso sistema jurídico”.³⁹

Avançando-se no tempo, já com a constitucionalização do Estado, a visão de que os homens têm o direito à autodeterminação e o Estado a obrigação de garantir os direitos do povo faz com que o conceito de democracia se baseie em dois feixes: o autogoverno da sociedade e os direitos fundamentais. A autodeterminação/autogoverno, isto é, a participação dos cidadãos nas deliberações públicas, é imperiosa para legitimar atos estatais em um regime democrático, vale dizer, em uma soberania popular.⁴⁰

Consideradas as extensões territoriais dos Estados-nação, para Helton Kramer Lustoza, a democracia representativa é a única forma de se exercer a cidadania nos termos modernos.⁴¹ Como há uma inviabilidade material (física, logística) de cada um dos indivíduos participar ativamente no governo, decidindo seu rumo em “votações diretas”, a representatividade acaba sendo a melhor opção para que a população possa exercer a sua cidadania. Ela confere aos administrados o poder de decidir os rumos do Estado através de representantes eleitos, meros mandatários da vontade popular. Os representantes não são donos de seus cargos, pois estes pertencem ao povo, que por meio de seu voto os escolhem.

Sob o viés dos direitos fundamentais, “a qualificação da democracia pelo respeito aos direitos fundamentais, em todos os seus espectros, direciona o aparato estatal a um fim comum, tomando aquele conjunto de pessoas como uma verdadeira comunidade, plural”.⁴² O povo é o detentor do poder, motivo pelo qual não é participante subsidiário, mas sim o principal ator em todo o ciclo das políticas públicas, que, por sua vez, assegura a efetividade dos direitos

³⁹ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de Direito. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi do (Coord.). **Estado de Direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 73. Além do clássico conceito grego, para Frankenbert, a democracia “passou a ser globalmente entendida como designando as instituições e procedimentos básicos de uma política que molda a forma e o modo de governo”, apesar de toda uma ambivalência teórica e de indeterminação do conceito (FRANKENBERG, Günter. Democracy. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford, U.K.: Oxford University Press, 2012. p. 252).

⁴⁰ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 260.

⁴¹ LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficácia administrativa e ativismo judicial**: Escolhas orçamentárias, políticas públicas e o mínimo existencial social. Curitiba: Íthala, 2015. p. 135.

⁴² PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nos políticas públicas**: o problema da legitimidade. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 86.

fundamentais. A participação coletiva nas políticas públicas deve ser na figura de autores e fiscais dessas, como membros de um Estado democrático.⁴³

No caso brasileiro, a Constituição menciona que o regime democrático está vinculado à participação social da população nos rumos do país – um conceito de cidadania ligado ao regime democrático.⁴⁴

A propósito, destaca-se parte do artigo inaugural da Carta, segundo o qual “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (art. 1º, parágrafo único).

Fixadas essas premissas, é de se consignar que a participação do Poder Judiciário, cujos cargos são providos por meio de concurso de provas e títulos, tem crescido no que diz respeito à condução dos assuntos do Estado, havendo aqueles que entendem pela legitimidade dessa atuação e outros, acoimando-a de ativismo judicial, a repelem. Como se verá mais adiante, diferentes questões relativas à democracia são abordadas para embasar ambos os posicionamentos.

Sobre as causas que justificam esta expansão de atuação do Judiciário, frisa-se que fatores históricos e sociológicos, como o neoconstitucionalismo e a superveniência de diversos julgados dos tribunais garantindo direitos, acarretaram uma legitimação popular do referido Poder para intervir na esfera de atuação do Executivo e do Legislativo, alçando alguns membros ao status de “campeões da cidadania”. Acrescenta-se a isso a desconfiança popular nos Administradores e Legisladores, que, como dito anteriormente, possuem maior tendência a abusar do poder e, com isso, ir de encontro ao interesse público.⁴⁵

A jurisdição começou a ser vista como a “tábua da salvação” contra as “promessas da modernidade” (os direitos fundamentais pós-guerra dentro do Estado Social) que não conseguiram ser cumpridas pelos então Poderes preponderantes, o Executivo e o Legislativo. Dessa forma, começou a atender as expectativas da população e, como dito, a ganhar legitimidade social. Assim, na visão de Diógenes V. Hassan Ribeiro, “a justiça passa a adquirir uma veneração religiosa da população, sendo que qualquer crítica contra a jurisdição constitucional é vista como contrária à democracia e ao Estado de direito”.⁴⁶

⁴³ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 92.

⁴⁴ LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficácia administrativa e ativismo judicial**: Escolhas orçamentárias, políticas públicas e o mínimo existencial social. Curitiba: Íthala, 2015. p. 131.

⁴⁵ RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. **A revisão do princípio da separação dos poderes**: por uma teoria da comunicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 73.

⁴⁶ *Ibidem*, loc. cit.

Feita essa contextualização, apresentam-se as posições que consideram democrática a participação de magistrados na seara da efetivação das políticas públicas.

Na opinião de Boldrini, para a existência da democracia faz-se necessária, para além de posições majoritárias e políticas, uma avaliação ética dessas mesmas posições, atribuição que ficaria a cargo do Poder Judiciário.⁴⁷ Assim, dentro do sistema de “freios e contrapesos”, ao Judiciário caberia avaliar as decisões majoritárias, com o fito de preservar a democracia, trazendo ética para a política.

Essa sistemática é explicada pela já citada desconfiança da sociedade em relação aos eleitos democraticamente e pelos eventuais abusos de poder, que geram decisões contrárias ao interesse público. Se a democracia é para a sociedade a consecução e garantia dos direitos fundamentais, ao não trabalharem em prol do interesse público, o Legislativo e o Executivo geram um déficit democrático que poderia ser ocupado pelo Poder Judiciário, sem que isso configurasse intervenção nos demais Poderes. Nessa perspectiva, o ativismo judicial seria benéfico para as políticas públicas. Para tanto, contudo, o Poder Judiciário deve ter juízes independentes, excluindo qualquer possibilidade de o magistrado julgar de acordo com as suas posições políticas e pessoais. A decisão, nessas hipóteses, deve estar estritamente de acordo com o estabelecido na Constituição, justamente por se tratar de uma avaliação dos atos dos demais Poderes à luz dos limites constitucionalmente impostos.⁴⁸

O juiz, no caso, atua de forma complementar e subsidiário na seara das políticas públicas, pela transformação da “Jurisdição Constitucional em um espaço em que os cidadãos, que foram excluídos do plano de atendimento dos direitos prestacionais básicos, possam obter a realização dos benefícios negados ou prestados de maneira ineficiente”.⁴⁹ Em outras palavras, inexistindo a inserção social de um determinado indivíduo ou de uma coletividade, estaria o Judiciário legitimado a intervir para garantir direitos constitucionalmente impostos e, portanto, tal inserção.

A democracia envolve a existência de espaços nos quais são tomadas as decisões jurídicas e políticas (no aspecto de direito positivado e políticas públicas), nos quais o Poder Judiciário passa a ser incluído. Todavia, ao contrário do que se pode pensar, esse não deliberará com base em política, mas com bases políticas, legitimando suas decisões “pela racionalidade do *due process of law*, segundo o padrão objetivo de justo aferido a partir da interpretação

⁴⁷ BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. **Garantia de direitos e separação de poderes**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2017. p. 164.

⁴⁸ Ibidem, p. 110.

⁴⁹ LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficácia administrativa e ativismo judicial: Escolhas orçamentárias, políticas públicas e o mínimo existencial social**. Curitiba: Íthala, 2015. p. 227.

constitucional para solução do caso *sub judice*".⁵⁰ Essa atuação, diferentemente do que ocorre nas arenas políticas, dar-se-á conforme as regras da processualística judicial, ocorrendo na arena democrática de um processo judicial, onde as partes são devidamente ouvidas e consideradas com "igual consideração e respeito", utilizando-se das palavras de Dworkin.

Frisa-se que, nessa ótica, a participação do Poder Judiciário não descaracteriza os mecanismos democráticos das políticas públicas, devendo essas ser construídas com a participação da sociedade, como expressão de sua autodeterminação. O Judiciário não substituirá os demais Poderes, somente induzirá que os desenhos institucionais das estruturas políticas tenham seu desenvolvimento de acordo com os princípios democráticos.⁵¹ Com o mesmo viés, mas com base na teoria procedimentalista, Olsen entende que essa participação do Judiciário (no aspecto da jurisdição constitucional, aqui enfocada como a garantia dos direitos fundamentais) atua como "um árbitro da legitimidade do jogo democrático".⁵²

Passa-se, então, à análise das posições contrárias à atuação do Judiciário em matéria de políticas públicas.

Conforme já referido, a normatização dos direitos fundamentais, a inclusão desses nas Constituições e a irradiação de seus efeitos para as demais relações (tanto a eficácia vertical como a horizontal) acabaram por levar ao Poder Judiciário questões que, na tese original da separação dos poderes, seriam definidas pelos politicamente eleitos, dentro da arena onde reina a regra majoritária.⁵³

Ocorre que essa situação gerou uma excessiva valorização dos meios judiciais para o desenvolvimento da nação, em detrimento dos meios políticos através das arenas decisórias.⁵⁴

Nessa toada, Fausto Santos Morais e José Carlos Kraemer Bortoloti alertam para a possibilidade de o Estado e a democracia transformarem-se em uma juristocracia,⁵⁵ ou como afirma Ran Hirsch, *juristocracy*.⁵⁶

⁵⁰ BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. **Garantia de direitos e separação de poderes**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2017. p. 164.

⁵¹ LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficácia administrativa e ativismo judicial**: Escolhas orçamentárias, políticas públicas e o mínimo existencial social. Curitiba: Íthala, 2015. p. 228.

⁵² OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. 1ª ed. (ano 2008), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 275.

⁵³ PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nos políticas públicas**: o problema da legitimidade. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 81.

⁵⁴ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 22.

⁵⁵ MORAIS, Fausto Santos; BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer. **A jurisdição constitucional e os desafios à concretização dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 255.

⁵⁶ HIRSCH, Ran. **Towards juristocracy**: The origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 1. "Ao longo dos últimos anos, o mundo testemunhou uma transição surpreendentemente rápida para o que pode ser chamado de juristocracia". Tradução livre do

Em resumo, a principal censura consiste na falta de legitimidade do Poder Judiciário no trato dessas questões, posto que os juízes não são eleitos para a função de elaborar o direito, confeccionar as normas (tal como os membros do Poder Legislativo), muito menos para executar as políticas públicas (Executivo), mas apenas para aplicar o direito. E, mesmo em países como os Estados Unidos, em que juízes são eleitos, eles não o são para o fim de criar direitos, mas de aplicá-los.⁵⁷ Deveras, é o cidadão quem deve definir como será a sua vida em sociedade, quais regras seguirá e quais opções para o desenvolvimento estatal serão tomadas, participando na engrenagem democrática. Assim, as políticas públicas, que se prestam para essa finalidade, “devem ser construídas a partir de ideal de preservação das relações de colaboração social”.⁵⁸

Assim, “não caberia ao Judiciário, em tese despojado de legitimidade democrática, manipular as políticas públicas”.⁵⁹ As políticas públicas teriam a sua definição no âmbito da participação social, com a participação da sociedade civil organizada, seus atores e suas formas de pressão para que as políticas sejam plenamente executadas.⁶⁰ Como o Governo é do povo, é esse quem deve definir a forma de gestão, a concepção e atos desse, através da democracia participativa e/ou representativa. Em nenhum momento deve-se retirar a legitimidade do povo para tal (o que inclui a exclusão de eleição de mandatários eleitos e a vedação de estes excluírem a participação popular em todos os atos).

A ausência de legitimidade dos magistrados estaria calcada no fato de eles não serem eleitos, ou seja, de não passarem pelo crivo popular para a assunção de suas competências, muito menos terem as suas atribuições avaliadas pela sociedade periodicamente, como no caso de políticos, que são eleitos.⁶¹

Partindo do entendimento de que a democracia representa o desejo da maioria, extraído dos amplos espaços de discussão da sociedade, Helton Kramer Lustoza também defende que as decisões ativistas seriam contramajoritárias, por ofenderem a soberania popular. O controle

original: “over the past few years the world has witness an astonishingly rapid transition to what may be called juristocracy”.

⁵⁷ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 51.

⁵⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. Minas Gerais: Editora Fórum Ltda, 2016. p. 169.

⁵⁹ CARVALHO, André Castro. O impacto orçamentário da atuação do poder judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 16.

⁶⁰ BASTOS, Elísio Augusto Velloso. A importância da cidadania na definição e implementação de políticas públicas. In: MORAES, Alexandre de; KIM, Richard Pae. **Cidadania: o novo conceito jurídico e a sua relação com os direitos fundamentais individuais e coletivos**. p. 146.

⁶¹ MAURÍCIO JR., Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 311p. p. 183.

judicial, nessa perspectiva, contrapor-se-ia às decisões do povo, formuladas nos órgãos democraticamente instituídos para tal.⁶²

Ainda na mesma linha, Maurício Júnior assevera que o Judiciário, ao interferir na esfera de competência dos demais Poderes, não atua com deferência às demais funções estatais, desconsidera as funções atribuídas a cada um dos Poderes, para a convivência harmônica, a autodeterminação social definida no momento da eleição de seus governantes e na participação em conselhos nos quais são definidas as políticas públicas, bem como na participação nos demais atores políticos (como organizações sociais, etc.). O ativismo seria, então, antidemocrático, pois a “democracia como princípio constitucional é, em regra, o autogoverno do povo exercido mediante os órgãos representativos estabelecidos na Constituição”.⁶³

Desse modo, a questão delimitar-se-ia, nas palavras do citado autor, pelo fato de que ou “as decisões da coletividade são tomadas por seus representantes eleitos – e, portanto, são democráticas – ou então são tomadas por juízes sem qualquer representação popular, ferindo o princípio democrático”.⁶⁴

É ainda interessante abordar a visão de José Rodrigo Rodriguez, segundo o qual os juízes deixam para trás o debate da decisão,⁶⁵ diferentemente do que ocorre no âmbito de deliberação dos Poderes Executivo e Legislativo, no qual a decisão não é formulada e avaliada por uma única pessoa, mas é fruto de discussão e participação de diversos atores. Não se olvida que no processo judicial há a participação das partes, mas por serem em sua maioria demandas individuais, têm suas questões debatidas por um número pequeno de pessoas. O autor ainda refere que “a jurisdição brasileira funciona com base em argumentos de autoridade”, o que não daria um caráter democrático para as decisões.⁶⁶

Como foi mencionado nos pontos doutrinários que entendem ser possível a intervenção pela alegada omissão ou falha dos demais Poderes, as quais justificariam eventual intervenção judicial, Helton Kramer Lustoza afirma que “[...] no caso de se entender que o Legislativo não seja suficientemente democrático, é preferível buscar formas de se reforçar a democracia parlamentar do que aceitar que juízes interpretem os interesses populares”.⁶⁷

⁶² LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficácia administrativa e ativismo judicial**: Escolhas orçamentárias, políticas públicas e o mínimo existencial social. Curitiba: Íthala, 2015. p. 157.

⁶³ MAURÍCIO JR., Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**: a intervenção judicial em políticas públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 311p. p. 184.

⁶⁴ Ibidem, p. 189.

⁶⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 14.

⁶⁶ Ibidem, p. 62-63.

⁶⁷ LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficácia administrativa e ativismo judicial**: Escolhas orçamentárias, políticas públicas e o mínimo existencial social. Curitiba: Íthala, 2015. p. 215.

No que diz respeito ao argumento da imparcialidade dos magistrados e ao fato de que “os representantes eleitos, normalmente, identificam-se com os anseios ou desejos de um grupo social e defendem diferentes opiniões acerca dos problemas da comunidade”,⁶⁸ José Rodrigo Rodrigues lembra que, em algumas decisões judiciais brasileiras, “os juristas estão mais preocupados em apresentar suas opiniões pessoais sobre o problema que têm diante de si do que em demonstrar analítica e racionalmente a correção da solução que defendem”.⁶⁹

Mister é relembrar que muito se fala sobre os membros dos Poderes Executivo e Legislativo decidirem conforme as suas opiniões pessoais, em detrimento do interesse público, sendo parciais em seus julgamentos, mas deve-se lembrar que “seria uma ingenuidade acadêmica acreditar que o operador jurídico não tenha pré-conceitos acerca dos casos apresentados para seu julgamento”.⁷⁰ Os juízes são pessoas tanto quanto as demais, possuem história anterior ao julgamento, valores formados ao longo da vida e visões próprias sobre a vida e a sociedade.⁷¹ Assim, como afirmado, não se pode cair na inocência de se considerar que há uma total imparcialidade dos juízes, isto é, que eles não julgam de acordo com as percepções pessoais de justiça. Corroborando a opinião, apresenta-se o entendimento de Franco Aurélio Brito de Souza:

A partir dessa realidade, mais uma vez vem à baila a ligação intrínseca entre Política e Direito, pois, se o governo das leis não é outra coisa senão um governo de políticos que criam leis para si, para os outros e para o governo, essa faceta imperfeita do ser humano também alcança as decisões jurídicas, haja vista que, semelhantes aos homens da política, os juízes decidem com seus valores e (pré)conceitos em virtude de não serem capazes de bloquear a transferência de suas tendências, falhas e deficiências para suas práticas jurídicas.⁷²

Traz-se, mais uma vez, o depoimento do Ministro Luiz Fux ao projeto “Faculdade de Direito da UERJ – 70 anos de história e memória”, no qual afirma que “como magistrado,

⁶⁸ LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficácia administrativa e ativismo judicial**: Escolhas orçamentárias, políticas públicas e o mínimo existencial social. Curitiba: Íthala, 2015. p. 127-128.

⁶⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 14.

⁷⁰ LUSTOZA, op. cit., p. 274-275

⁷¹ Isso faz com que Jorge Octávio Lavocat Galvão afirme que “os juízes discordam sobre interpretação judicial na mesma proporção em que as pessoas comuns discordam sobre a moralidade coletiva” (GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Entre Kelsen e Hércules: uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 150).

⁷² SOUZA, Franco Aurélio Brito de. Uma breve abordagem sobre a relação entre estado, Direito e política. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 88.

primeiro procuro ver qual é a solução justa. E depois, procuro uma roupagem jurídica para essa solução”.⁷³

Acerca do tema, Ana Paula de Barcellos chega a realizar os seguintes questionamentos:

Note-se que não se cuida aqui apenas da questão da legitimidade democrática dos magistrados, mas de sua legitimidade essencial. Seriam os juristas mais sábios, teriam um acesso diferenciado ao conhecimento do que é bom ou adequado nesse particular? Seriam mais éticos ou mais comprometidos com o interesse público?⁷⁴

Se os magistrados são tão “humanos” quanto os administradores e legisladores, porque haveriam de poder interferir, adentrar as funções destinadas aos últimos? Se administradores e legisladores são falhos ao empreenderem as políticas públicas, os juízes também o serão. A crítica aplicável ao Executivo e Legislativo é também ao Judiciário, ao afirmar que “também fica claro por que é razoável dizer que nossa jurisdição é personalista”.⁷⁵ Logo, se os membros dos demais Poderes podem agir de forma pessoal, os juízes também o poderão. Assim, a figura do juiz Hércules ficaria circunscrita ao romance em cadeia, pois na vida real os magistrados são tão indivíduos quanto os demais membros da sociedade, são tão falhos quanto os membros dos demais Poderes e, por isso, não lhes caberia legitimidade para intervir nas decisões e atos alheios. De fato, somente em um romance os juízes poderiam ser vistos como detentores da única e correta resposta.

3.1.3 Micro e macrojustiça e a isonomia nas decisões ativistas em políticas públicas

Para terminar o item sobre a atuação do Poder Judiciário em relação a falta de legitimidade do Poder Judiciário para interferências nas políticas públicas, há de mencionar-se o entendimento doutrinário sobre micro e macrojustiça e a isonomia.

O Judiciário, em suas decisões, resolve litígios entre partes, o que seria denominado de microjustiça. Do lado contrário, as políticas públicas, por serem universais e

⁷³ FUX, Luis. **Depoimento ao projeto “Faculdade de Direito da UERJ - 70 anos de história e memória”**. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitouerj.org.br/2005/fdir70/depLF.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2016. José Rodrigo Rodriguez complementa o referido pensamento: “a justificação das decisões articula as razões pelas quais o indivíduo que a redigiu foi convencido desta ou daquela solução e são irrelevantes para o resultado final do julgamento” (RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 62-63).

⁷⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. rev. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 111.

⁷⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 108.

formuladas/executadas para toda a sociedade, tratariam de macrojustiça. Assim, uma crítica que se faz é que as fórmulas e os instrumentais utilizados pelo Judiciário, na processualística existente, são compatíveis com microconflitos (microjustiça), não possuindo uma esfera macro, atinente à sociedade.⁷⁶

Para Helton Kramer Lustoza, “o grande impasse nesta seara é de que o Judiciário não teria condições técnicas de avaliar por meio de demandas individuais a realidade estatal no estágio global”.⁷⁷ Dessa forma, o Judiciário não teria legitimidade (e capacidade) de intervir em decisões de políticas públicas, o que seria considerado ativismo. Com efeito, na forma pela qual o Poder Judiciário foi constituído e operacionalizado, de solução de litígios *inter partes*, não há possibilidade de se revolver, em escala global, dificuldades inerentes à execução de políticas públicas, dentre as quais a questão operacional e financeira (o que se verá mais adiante) do Estado. Deve-se ressaltar a ausência de conhecimento técnico dos magistrados para poder definir muitas das questões referentes a políticas públicas, a exemplo das políticas em educação, saúde e segurança pública.

Além disso, a microjustiça feriria o princípio da igualdade social, pois os recursos ficariam disponíveis apenas para a parte da população que deflagraram os litígios, em detrimento de todo o resto da sociedade.⁷⁸ As políticas públicas, que devem ter caráter coletivo, com essa “política pública judiciária” acabam por ter um caráter pessoal.

E ainda que se parta do pressuposto de que as decisões judiciais são racionalmente motivadas, e não mero entendimento de justiça do magistrado, das emoções ou de compaixão deste para com os litigantes,⁷⁹ Gustavo Amaral refere que “[...] nos casos de conflito entre critérios adotados numa ótica de microjustiça e critérios adotados numa ótica de macrojustiça temos um somatório de escolhas individuais racionais que produzem um resultado coletivo

⁷⁶ AMARAL, Gustavo. **Direto, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 173-174.

⁷⁷ LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficácia administrativa e ativismo judicial**: Escolhas orçamentárias, políticas públicas e o mínimo existencial social. Curitiba: Íthala, 2015. p. 242.

⁷⁸ SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Traduzido por Beatriz Hennig, et al. Montevidéu: Konrad Adenauer-Stiftung. Disponível em <http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf>. Acesso em 1º dez. 2017. p. 664.

⁷⁹ Por óbvio, deve-se destacar a crítica de que o “ativismo praticado no Brasil vem marcado pela absoluta falta de racionalidade na produção das decisões judiciais, que não seguem qualquer padrão, metodologia ou critério capaz de conferir a mínima coerência e integridade do ordenamento jurídico” (TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Os impactos do ativismo judicial no sistema político: notas sobre a relação entre o judiciário e os demais poderes em tempos de crise política. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio, et al. **Crise dos Poderes da República**. São paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 236-237).

irracional”.⁸⁰ Portanto, o conjunto de decisões racionais e motivadas pode acarretar uma macrojustiça irracional, uma vez que o magistrado não vislumbra a sociedade como todo.

Em sentido contrário, há entendimentos de que as reiteradas decisões judiciais, particulares, ou aqui vistas como microjustiça, podem gerar a alteração de posição do Governo, alterando as políticas públicas. Isso faz com que se considere que o ativismo pode ter um impacto positivo para a sociedade, ao demonstrar para os gestores as necessidades sociais, fruto dos frequentes processos judiciais.⁸¹

Exemplo disso pode ser extraído da seguinte notícia do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em relatório produzido pelo Comitê Executivo Estadual da Saúde do Rio Grande do Sul, que mostra a atuação do Gestor Público com base em diversas demandas judiciais:

Segundo o Coordenador do Comitê, Desembargador Martin Schulze, este resultado foi alcançado graças ao esforço conjunto das diversas instituições que participam do Comitê, tanto do Sistema de Justiça, como da Saúde, mediante a aplicação da ferramenta denominada Ação de Planejamento Sistêmico, através da qual se identifica um foco de judicialização e se atua sobre o mesmo, buscando devolver ao gestor público o atender da necessidade da sociedade. (Grifo no original).⁸²

Isso demonstra a percepção de que as microjustiças podem ter impactos macro, com base em decisões ativistas. Apesar de o Coordenador do Comitê mencionar a judicialização, a visão do ativismo, como apresentado no início do capítulo, aqui, traduz-se na interferência em outros Poderes, no que se inclui o fornecimento de medicamentos.

Essa alteração de políticas públicas com base no ativismo judicial acaba por derrubar o argumento de que o Judiciário, ao adentrar as competências dos demais Poderes, acaba por ferir o princípio da isonomia. Esclarecendo: as decisões individuais seriam uma afronta ao dito princípio, mas ao impactarem a execução das políticas públicas com a alteração dessas, acabam por buscar a isonomia⁸³ dos primeiros em relação aos demais cidadãos. Com a postura ativista,

⁸⁰ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 175.

⁸¹ Para Helton Kramer Lustoza, “não se pode aceitar uma macrojustiça sem o atendimento das microjustiças” (LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficácia administrativa e ativismo judicial**: Escolhas orçamentárias, políticas públicas e o mínimo existencial social. Curitiba: Íthala, 2015. p. 243).

⁸² SOUZA, Rafaela. **Judicialização da Saúde**: trabalho desenvolvido pelo Comitê Estadual obtém redução de gastos. Porto Alegre, TJRS Notícias, 14 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=362580>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

⁸³ Tendo em vista os diferentes termos utilizados na doutrina, deve-se entender, para fins deste ponto, isonomia como igualdade.

reconhece-se “o papel político dos juízes, a fim de que não somente a liberdade individual seja protegida, mas também que seja promovida a igualdade material, por meio da jurisdição”.⁸⁴

Pelo lado contrário, os questionamentos acerca do não atendimento do princípio da igualdade nas decisões ativistas sugerem que tais decisões fazem com que os cidadãos litigantes tenham a possibilidade de obter uma prestação que os não litigantes não obterão, o que é realizado no âmbito das políticas públicas, indo contrariamente aos ditos princípios.⁸⁵

Destaca-se o entendimento de Rodrigo Pires da Cunha, quando afirma que, na forma original, a separação dos Poderes possuía o fito de proteger as liberdades individuais, ou seja, compeli o Estado a prestações negativas e “[...] agora, no presente, representa intervenção para promover também igualdade material, com o objetivo de, num futuro próximo, construir sociedades humanistas e democráticas, principal finalidade do constitucionalismo”.⁸⁶

Para finalizar o item, Rogério Gesta Leal coloca que há possibilidade de se harmonizar política e Direito, devendo ser questionado “quais os limites, a extensão e profundidade” da “intervenção” do Judiciário. Isto é, “[...] a questão é em que medida a ação judicial incisiva sobre atos e comportamentos públicos e privados não exorbita dos quadrantes delimitadores de sua competência e invade a autonomia e independência das pessoas (físicas e jurídicas)?”⁸⁷ Ou seja, deve questionar-se se a ação judicial não extrapola as suas funções, invadindo as funções de outros Poderes.

3.2 A avaliação da reserva do possível nas políticas públicas

Sem receita estatal não há possibilidade de ocorrer a garantia dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, a prestação de serviços à coletividade. Sob o aspecto financeiro, sem auferir rendimentos não há possibilidade de se efetuarem gastos (atividade financeira do Estado). Ocorre que, para o Estado, há a imperiosidade de se despenderem recursos diante das obrigações constitucionais e legais a serem cumpridas.

⁸⁴ BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. **Garantia de direitos e separação de poderes**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2017. p. 148.

⁸⁵ LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficácia administrativa e ativismo judicial**: Escolhas orçamentárias, políticas públicas e o mínimo existencial social. Curitiba: Íthala, 2015. p. 91. Crítica também realizada por MORAIS, Fausto Santos; BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer. **A jurisdição constitucional e os desafios à concretização dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 166.

⁸⁶ BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. **Garantia de direitos e separação de poderes**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2017. p. 204.

⁸⁷ LEAL, Rogério Gesta. As responsabilidades políticas do ativismo judicial: aspectos teórico-práticos da experiência norte americana e brasileira. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Ativismo judicial e déficits democráticos**: algumas experiências latino-americanas e europeias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 11.

Tal necessidade de receitas desemboca no conceito de atividade financeira do Estado que, nas palavras de Torres, caracteriza-se como

[...] o conjunto de ações do Estado para a obtenção de receita e a realização dos gastos para o atendimento das necessidades públicas.

Os fins e os objetivos políticos e econômicos do Estado só podem ser financiados pelos ingressos na receita pública. A arrecadação dos tributos – impostos, taxas, contribuições e empréstimos compulsórios – constitui o principal item da receita.

[...]

Com os recursos assim obtidos, o Estado suporta a despesa necessária para a consecução dos seus objetivos.⁸⁸

E o citado autor ainda realça a necessidade de recursos para fazer frente às obrigações do Estado:

A obtenção de receita para suprir as necessidades públicas, nota característica da atividade financeira, visa à prestação de serviços públicos e à defesa dos direitos fundamentais, missão precípua das pessoas jurídicas de direito públicos.⁸⁹

Logo, a atividade financeira pode se consubstanciar na administração da obtenção de receitas e na realização das despesas necessárias. Quanto às despesas, devem ser observadas as suas três funções básicas:

- Alocativa: oferecimento de bens e serviços não fornecidos de maneira adequada pelo mercado.

- Distributiva: redução das desigualdades sociais, retirando recursos dos segmentos mais ricos da população e transferindo renda para os setores mais vulneráveis da sociedade.

- Estabilizadora: intervenção do Estado na economia para alcance do pleno emprego, da estabilidade dos preços e do crescimento econômico.⁹⁰

Ou, como resume Torres:

[...] pela vertente da despesa a atividade financeira se desloca para a redistribuição de rendas, através do financiamento e entrega de prestações de serviços públicos ou de bens públicos, e para a promoção do desenvolvimento econômico, pelas subvenções e subsídios.⁹¹

Na Constituição Federal a atividade financeira foi normatizada de forma vasta, como é típico da Constituição brasileira, classificada como analítica. Esta contempla a regulamentação

⁸⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 3.

⁸⁹ Ibidem, p. 6.

⁹⁰ DALL'OLIO, Leandro Luis dos S. Gestão financeiro-orçamentária: desafios para a efetividade do gasto público. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 3, p. 293-297, mar. 2014.

⁹¹ TORRES, op. cit., p. 9.

do sistema tributário nacional, com a definição de tributos para cada ente nacional, de seus princípios gerais e das limitações ao poder de tributar (dentro da já citada esfera da manutenção do mínimo existencial tributário). Aborda também toda a questão orçamentária e de execução (despesas) incluindo mínimos a serem despendidos financeiramente. Cita-se, neste ponto, a necessidade de aplicação mínima de 15% (quinze inteiros por cento) da receita corrente líquida em saúde (art. 198, § 2º, I, da Constituição Federal) e de 18% (dezoito inteiros por cento) em manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212, *caput*, da Constituição Federal).⁹²

As finanças públicas, pela importância que possuem para a sociedade, são vistas “como uma ciência ética porque nos força a fornecer uma contabilidade pública para os sacrifícios que nós, como comunidade, decidimos realizar, para explicar ao que nós estamos dispostos a renunciar para perseguir os nossos objetivos mais importantes”.⁹³ Transparece que os objetivos mais importantes estão dentro das três funções básicas das despesas: da prestação de serviços públicos, do desenvolvimento da nação e do cumprimento dos direitos fundamentais. Assim, para executar as políticas públicas e garantir os demais direitos fundamentais, deve o Estado utilizar de forma eficiente a arrecadação e as despesas, por intermédio do orçamento público.⁹⁴

A própria gestão eficiente das finanças estatais é um direito fundamental,⁹⁵ pois devem os governantes desenvolver a sua atividade com a finalidade de consagrar o desenvolvimento de cada um dos cidadãos de acordo com os objetivos perseguidos constitucionalmente. Se para a consecução dos direitos fundamentais for necessária uma boa administração, a consequência é que a boa administração também será um direito fundamental. É uma boa administração que tornará os cidadãos o centro das políticas públicas e do sistema governamental.⁹⁶

Essa busca incessante pela efetivação dos direitos fundamentais, por meio de prestações positivas, como já afirmado, é fruto basicamente da constitucionalização de direitos após a Segunda Guerra Mundial, o que foi cunhado de Estado de Bem-Estar Social, também de Estado

⁹² Para Gustavo Amaral, “na obtenção de tais recursos, o Estado está limitado por diversos direitos dos indivíduos, também classificados como direitos humanos” AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 116-117.

⁹³ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton & Company, 1999. Tradução livre do original: “an ethical science because it forces us to provide a public accounting for the sacrifices that we, as a community, decide to make, to explain what we are willing to relinquish in pursuit of our more important aims”.

⁹⁴ Para Helton Kramer Lustoza “para cumprir o encargo de garantir o mínimo existencial dos direitos fundamentais, o Estado deve utilizar o orçamento público de maneira planejada e inteligente (...). LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficácia administrativa e ativismo judicial**: Escolhas orçamentárias, políticas públicas e o mínimo existencial social. Curitiba: Íthala, 2015. p. 199.

⁹⁵ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Tradução Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 199 p. (Coleção Fórum Eurolatinoamericana de Direito Público, 1). p. 156.

⁹⁶ *Ibidem.*, p. 34.

Democrático e Social de Direito. Contudo, já na década de 1970, nos países europeus, o modelo dava sinal de falhas, tendo em vista o custo da implementação de todos esses direitos. Isso acarretou despesas cada vez maiores ao Estado, o que veio a gerar:

[...] um processo de falência parcial do Estado de Bem-Estar Social decorrente dos desequilíbrios financeiro e fiscal, do intervencionismo público na promoção de direitos prestacionais e da impossibilidade de o modelo apresentar respostas adequadas às novas demandas da sociedade plural e globalizada.⁹⁷

No Brasil, a visão de Estado interventor e garantidor foi implantada quando o modelo já dava sinais de esgotamento e falência.

Exemplo de causa da insustentabilidade do Estado de Bem-Estar Social é a conversão de políticas públicas temporárias em políticas públicas permanentes,⁹⁸ que faz com que um valor que estava comprometido apenas para um determinado período necessite ser incluso em orçamento e gasto todos os anos. Dessa forma, não restará alternativa ao Poder Público senão aumentar receitas ou diminuir outras despesas, quem sabe extinguindo políticas públicas em outras áreas, prejudicando o adimplemento de direitos fundamentais e correndo o risco de ser demandado judicialmente por conta da proibição do retrocesso. A própria conversão da política pública temporária em permanente pode ser baseada na proibição do retrocesso, como já afirmado.

E esse problema tende a piorar, posto que, de um lado, os recursos são finitos e, no caso brasileiro, pelo fato de sua majoração estar subordinada às limitações ao poder de tributar, e, de outro lado, que as necessidades da sociedade e seus anseios são cada vez maiores, tidos como infinitos.⁹⁹ Assim, os Estados a cada dia devem tentar buscar a satisfação de tais reclames sociais (aumento do volume de demandas) com a mesma ou com menor quantidade de recursos. Isso ocasiona “desequilíbrios e deficiências no processo de implementação das prestações destinadas a promover o bem-estar social”.¹⁰⁰ É o que ocorre no Brasil, em que se tem uma carga tributária que não garante a efetividade dos direitos fundamentais.

Por questões que serão aprofundadas mais adiante, o ativismo judicial tende a agravar essa situação, gerando conflito entre o direito ao mínimo existencial e o princípio da reserva do possível, tendo em vista a compatibilização que deve ocorrer entre valores arrecadados e custos.

⁹⁷ NASCIMENTO, Rafael do. **As restrições aos direitos fundamentais no contexto da crise do Estado de Bem-Estar Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 104.

⁹⁸ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011. p. 45.

⁹⁹ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 116-117.

¹⁰⁰ NASCIMENTO, op. cit., p. 105.

3.2.1 Os custos dos direitos

Inicia-se o desenvolvimento do tema com a frase de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein: “nada que depende de recursos financeiros pode ser absoluto”.¹⁰¹ Assim, com base na frase formulada pelos autores, os direitos devem ser entendidos como relativos, pois demandam recursos dos cofres do Estado. Então, infere-se que mesmo os direitos fundamentais não podem ser absolutos, pois dependem de disponibilidades financeiras.

No campo das políticas públicas, o estudo dos custos dos direitos permite tornar uma política pública mais eficiente a partir de um planejamento realizado pelo gestor público¹⁰², como decorrência da boa Administração Pública. O resultado desse pensamento, na visão de Flávio Galdino, é que “a análise dos custos dos direitos fundamentais fornece uma variável capaz de aprimorar bastante a adequação das normas jurídicas à realidade e aos valores”,¹⁰³ o que culmina em mais efetividade dos direitos fundamentais.

Dentre estes, é quase intuitivo concluir que prestações de cunho positivo demandam valores para a sua consecução. É o caso, como já referido no Segundo capítulo, do fornecimento de medicamentos ou da ampliação de vagas em creches e pré-escolas. Outros exemplos são programas de redistribuição de renda e a construção de moradias populares.

Todavia, não somente as prestações positivas geram gastos governamentais, mas as defesas dos direitos individuais também. Holmes e Sunstein, na obra *The cost of rights: why liberty depends on taxes*, realizam intensa argumentação nesse sentido, de que não somente os direitos positivos representam custos aos Estados, mas também os direitos negativos, a saber:

Isso é verdade não somente para os direitos à seguridade social, saúde e alimentação, mas também para os direitos individuais de propriedade, liberdade de expressão, imunidade ao abuso policial, liberdade contratual, liberdade religiosa e, de fato, a totalidade dos direitos característicos da tradição americana.¹⁰⁴

¹⁰¹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999. p. 98. Tradução livre do original: “nothing that costs money can be an absolute”.

¹⁰² Nas palavras de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, “rather than reflecting a blind worship of market outcomes, that is to say, the study of the cost of rights is meant to encourage thoughtful public policy” (Ibidem, p. 224).

¹⁰³ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 341.

¹⁰⁴ HOLMES; SUNSTEIN, op. cit., p. 220. Tradução livre do original: “This is true not only of rights to Social Security, Medicare, and food stamps, but also of rights to private property, freedom of speech, immunity from police abuse, contractual liberty, free exercise of religion, and indeed of the full panoply of rights characteristic of the American tradition”.

Dessa forma, como apresenta Gustavo Amaral, “mesmo os direitos tidos por negativos comportam reivindicações de prestações estatais positivas”.¹⁰⁵ Há a necessidade de o Estado proteger o direito de todos à propriedade, à vida, à segurança física, mas para tal é necessário um aparato que, evidentemente, demandará recursos financeiros.

Por exemplo: a despesa com pessoal ativo dos órgãos de segurança do Estado do Rio de Janeiro chegar a ser maior do que o restante da folha de pagamento de ativos. Do total da folha de ativos de R\$ 783,9 milhões, os órgãos de segurança pública participam com R\$ 458,5 milhões; ou seja, quase 60% da folha de pagamento de ativos do Estado do Rio de Janeiro é comprometido com segurança pública.¹⁰⁶

No caso do Rio Grande do Sul, de acordo com o Boletim Informativo de Pessoal nº 181, de agosto de 2017, a folha de pagamento de servidores ativos do Poder Executivo é de R\$ 592,4 milhões, sendo que os órgãos de segurança pública, isto é, os que garantem os direitos fundamentais de primeira geração, ou direitos negativos, possuem participação de R\$ 249,7 milhões, representando 42,15% (quarenta e dois inteiros e quinze centésimos por cento).¹⁰⁷ Em comparação, a despesa com a Secretaria da Educação do Estado é de 37,74% (trinta e sete inteiros e setenta e quatro centésimos por cento) da folha de ativos. Então, considerada a folha de pessoal de ativos como parâmetro, há um gasto maior com a garantia dos direitos fundamentais negativos do que com o direito prestacional à educação (direito social, conforme o art. 6º da Constituição Federal).¹⁰⁸

Ainda, a própria estrutura governamental que irá definir as políticas públicas, as atividades-meio para a consecução das prestações positivas e negativas, tem um valor. Apesar de não poder ser considerada implicitamente como um direito positivo, essa estrutura fará parte da máquina estatal para que todos os direitos assegurados possam ser exercidos pelo povo.¹⁰⁹

¹⁰⁵ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 131.

¹⁰⁶ Dados somente da Administração Direta. RIO DE JANEIRO. Subsecretaria de Gestão de Pessoas – SUBGEP. **Caderno de Recursos Humanos**, Rio de Janeiro, n. 46, p. 6-7, out. 2017. Disponível em: <http://www.rj.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=8f8c156b-db2f-489f-80d4-bacff8395be2&groupId=91233>. Acesso em: 28 nov. 2017. Dados somente da Administração Direta.

¹⁰⁷ Dados somente da Administração Direta. RIO GRANDE DO SUL. Secretaria da Fazenda. **Boletim Informativo de Pessoal**, Porto Alegre, n. 181, p. 10, ago. 2017. Disponível em: <http://tesouro.fazenda.rs.gov.br/upload/1508936953_04%20AGO%20-%202017%20BP%20Internet.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2017. Dados somente da Administração Direta.

¹⁰⁸ Tais dados corroboram a opinião de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein de que “enforcement is expensive, especially uniform and fair enforcement”. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999. p. 43.

¹⁰⁹ “[...] the method chosen to accomplish the allocation is inevitably costly [...]” (CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic choices**. New York: W.W. Norton & Company, 1978. p. 131). No mesmo sentido, afirma Gustavo Amaral: “Todos os direitos têm custos porque todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los”. AMARAL, op. cit., p. 73.

Dessa maneira, fica cristalino que os direitos têm custos e que os direitos, notadamente os sociais, não podem ter uma expansão desenfreada, sob pena de restarem inexecutáveis por parte da Administração Pública. Além disso, deve sempre ser sopesada a proporcionalidade entre os custos e os benefícios sociais (no sentido de efetividade das políticas públicas), sem que haja prejuízo aos demais direitos.¹¹⁰

A consideração dos custos na criação ou ampliação de política pública está até mesmo positivada no ordenamento brasileiro. De acordo com o art. 16, I, da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, “a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de: I – estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes”.¹¹¹ Crítica aos direitos relacionados na Constituição Federal é realizada por Galdino, pelo eventual déficit (tanto financeiro quanto na prestação à sociedade) por não serem consideradas as receitas para suprir tais custos:

Em seu texto multiplicam-se incansáveis as referências à gratuidade, seja de modo direto, seja de modo indireto, prometendo diversas vezes dispendiosas prestações públicas aos indivíduos – não raro a todos os indivíduos – independentemente de qualquer contraprestação por parte dos beneficiários (ou mesmo de outrem). Quase sempre criam-se despesas infinitas e indeterminadas sem se preocupar minimamente com qualquer previsão de receitas orçamentárias (vinculadas ou não a tais despesas).¹¹²

E especificamente quanto ao polêmico tema dos custos dos direitos e do ativismo judicial, Olsen resume com propriedade o cerne da discussão:

Alguns desprezam a questão relativa ao custo destes direitos, determinando uma aplicação quase que absoluta da norma constitucional, de modo a colocar em segundo plano eventuais consequências jurídicas de suas decisões para o orçamento público. Outros, por outro lado, quando confrontados com a questão da alocação de recursos e a efetividade dos direitos fundamentais sociais, eximem-se de obrigar o Estado à adoção de políticas públicas, ou mesmo realização de prestações específicas, sob o fundamento de que estaria havendo uma invasão da competência discricionária do Executivo.¹¹³

¹¹⁰ NASCIMENTO, Rafael do. **As Restrições aos Direitos Fundamentais no Contexto da Crise do Estado de Bem-Estar Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017 p. 87.

¹¹¹ BRASIL. **Lei Complementar nº 101**, de 4 de maio de 2000a. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em 8 jan. 2018.

¹¹² GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 337. Sobre a formação da Assembleia Constituinte que resultou na Constituição Federal de 1988 o referido autor destaca que “houve mesmo quem impugnasse a instauração da Assembleia Nacional Constituinte (de 1986) em razão dos elevados custos que seriam por ela impostos à sociedade” (Ibidem, p. 234). Logo, os direitos possuem custos mesmo antes da sua concepção..

¹¹³ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. 1ª ed. (ano 2008), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 227.

Crítica a ser realizada quanto aos que entendem a possibilidade de decisões ativistas implementarem direitos sem questionar custos é justamente a pretensão de efetivação quase que absoluta dos direitos constitucionalmente previstos. Galdino refere que “quem pretenda imaginar que são imediatamente passíveis de fruição por todos os brasileiros – como direitos subjetivos tradicionais – [...] haverá de verificar que a Constituição, seja permitida a expressão, é pródiga”.¹¹⁴ Isto é, há farto rol de direitos nela resguardados, o que resulta na incessante busca de recursos para atendimento desses.

Dessa forma, não há como o Judiciário tratar de execução orçamentária dos outros Poderes, em uma proteção unilateral dos direitos do povo, sem considerar as consequências financeiras de seus atos e os respectivos reflexos na prestação estatal.¹¹⁵ De outro lado, ao se sopesar os custos dos direitos no momento da prolação de sentenças por parte dos magistrados, “[...] evita-se a ruptura do sistema toda vez que alguém supostamente tivesse direito *in abstracto*, mas que, *in concreto*, não fosse possível tomá-lo efetivo por força de limitações orçamentárias, algo aliás muito comum entre nós”.¹¹⁶

Por fim, fica o alerta de Galdino de que se necessita incluir na avaliação das escolhas trágicas (que será vista no tópico seguinte) os custos dos direitos, posto que “direitos não nascem em árvores”.¹¹⁷ Não há como conceder qualquer direito à sociedade ou executar qualquer política pública sem considerar que os bens e serviços possuem valor. Por tal motivo, qualquer um que venha a atender a sociedade – juízes, legisladores ou administradores – necessita considerar esse aspecto.

3.2.2 A escassez de recursos

A escassez e as políticas públicas andam de mãos dadas. Dentro de um mundo onde os anseios da sociedade não infinitos e os recursos (tanto financeiros quanto naturais) são finitos, a convivência com a situação de escassez é diária. Tal conceito não é recente. Ainda no século XVIII, Thomas Malthus já “profetizava” que os cataclismos mundiais seriam causados pela ausência de alimentos,¹¹⁸ já que essa demanda cresceria mais do que a produção. Pode-se

¹¹⁴ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 337.

¹¹⁵ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 78.

¹¹⁶ GALDINO, op. cit., p. 342.

¹¹⁷ Ibidem, p. 347.

¹¹⁸ CUESTA, Jose. Resource Scarcity from an Applied Economic Perspective. **Georgia Journal of International & Comparative Law**, Georgia, v. 42, n. 1, p. 11-34, 2013. Base de dados HeinOnline. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Welcome>>. Acesso em: 29 nov. 2017. p. 12-15.

apresentar exemplos de como a escassez veio a trazer mudanças no mundo, desde as grandes navegações, em busca de matérias-primas e de mercados consumidores, as Guerras Mundiais com objetivos semelhantes e a própria evolução tecnológica decorrente da escassez de recursos disponíveis e da busca pela sua otimização. Assim, a escassez é o combate diário contra a realidade (nascer já é conviver com a escassez).

O conceito de escassez é tão longínquo quanto o de economia.¹¹⁹ A visão de Jose Cuesta demonstra que não se deve considerar a escassez somente do ponto de vista financeiro ou de recursos materiais, mas também a partir de questões logísticas e de alocação, pois mesmo com recursos abundantes a necessidade de processá-los é imperiosa:

Mas uma análise econômica da escassez naturalmente requerer um semelhante ângulo de demanda. Quando ambos são considerados, pobreza é a situação na qual a demanda excede a oferta, em qualquer caso o lado da oferta é fisicamente limitado. A escassez ou carência se torna fundamentalmente uma circunstância econômica não somente determinada pela disponibilidade física, mas também por fatores diversos como logística e prioridades.¹²⁰

Donald Hubin vai além, conduzindo estudos para um conceito de extrema escassez:

Devo usar as frases “adversidade extrema” e “escassez severa” de forma intercambiável para significar essa condição na qual bens são tão limitados que os mais prudentes e judiciosos usos deles não poderiam garantir a cada membro da sociedade um mínimo aceitável.¹²¹

Do acima exposto, tem-se que a escassez envolveria a demanda por recursos para atender aos reclames sociais em seu sentido *lato*, enquanto o conceito de escassez extrema envolveria a obtenção de prestações para o atendimento do mínimo existencial, visto no primeiro capítulo. A escassez extrema significaria o fato de a sociedade não conseguir obter o mínimo para que se tenha uma vida aceitável, uma vida com dignidade. Não se deve vislumbrar

¹¹⁹ CUESTA, Jose. Resource Scarcity from an Applied Economic Perspective. **Georgia Journal of International & Comparative Law**, Georgia, v. 42, n. 1, p. 11-34, 2013. Base de dados HeinOnline. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Welcome>>. Acesso em: 29 nov. 2017. p. 14.

¹²⁰ Ibidem, p. 18. Tradução livre do original “But an economic analysis of scarcity naturally requires a demand angle as well. When both are considered, scarcity is a situation where demand exceeds supply, whether or not the supply side is physically constrained. Scarcity or shortage thus becomes fundamentally an economic circumstance not only determined by physical availability, but also by factors as disparate as logistics and preferences”.

¹²¹ HUBIN, Donald C. Scarcity and the Demands of Justice. **Capital University Law Review**, v. 18, p. 185-199. p. 187. Base de dados HeinOnline. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Welcome>>. Acesso em: 29 nov. 2017. Tradução livre do original: “I shall use the phrases “extreme adversity” and “severe scarcity” interchangeably to denote that condition in which external goods are so limited that even the most provident and judicious use of them could not accord to each member of the society an acceptable minimum”.

a escassez como algo ruim, algo demoníaco, mas sim como algo intrínseco ao mundo, “uma característica inexorável”.¹²²

De tal modo, o gestor público convive diariamente com a necessidade de alocar recursos finitos em necessidades infinitas, agravado, no caso brasileiro, pela quantidade de direitos positivados na Constituição, como já visto. Há de se tentar compatibilizar todos os direitos fundamentais com a necessidade de os entes fixarem a sua despesa anual, isto é, de a delimitarem conforme a Constituição.¹²³

Para Gustavo Amaral e Danielle Melo, “[...] a ideia de escassez traz consigo a noção de *trade-off*. Sem tradução exata para o português, podemos dizer que a alocação de recursos escassos envolve, simultaneamente, a escolha do que atender e do que não atender”.¹²⁴ Para o primeiro autor, na questão da saúde, a concepção de escassez reveste-se de maior tragicidade, a saber: “a alocação, notadamente no que tange à saúde, tem natureza ética dupla: é a escolha de quem salvar, mas também a escolha de quem danar”.¹²⁵

Com recursos limitados e demandas ilimitadas, urge que se executem as políticas públicas de forma eficiente, visando a atender da forma mais abrangente e profunda possível os direitos fundamentais. Nessa linha, Vanice Regina Lírio do Valle diz que “multiplicadas as tarefas, não se verifica – ao menos, na mesma proporção – o aumento das fontes de financiamento e, com isso, na formulação de um juízo acerca da eficiência, ganha destaque o imperativo de maximização dos meios disponíveis”.¹²⁶

Dentro de uma visão alocativa, chega-se às “escolhas trágicas”, conforme cunhado por Guido Calabresi e Philip Bobbitt.¹²⁷ No que alocar? Como alocar? Gustavo Amaral propõe o seguinte questionamento:

Suponha-se que em uma situação concreta um Governador esteja no dilema de não pagar o 13º e continuar com a normalidade precária dos serviços públicos ou pagar a gratificação natalina, mas com isso deixar de ter recursos para gastos essenciais à manutenção da máquina pública. Qual direito social deverá prevalecer, o dos

¹²² AMARAL, Gustavo. MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. rev. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 92.

¹²³ “Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: [...] III – os orçamentos anuais. [...] § 8º A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei” (BRASIL, 1988).

¹²⁴ AMARAL; MELO, op. cit., p. 92.

¹²⁵ AMARAL, Gustavo. **Direto, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 181.

¹²⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. Minas Gerais: Editora Fórum Ltda, 2016. p. 86.

¹²⁷ CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic Choices**. New York: W.W. Norton & Company, 1978.

servidores ou o de toda a sociedade, quanto ao funcionamento dos serviços públicos?¹²⁸

Não se pode olvidar que os tribunais já possuem jurisprudência pacificada de que a gratificação natalina é verba alimentar, mas apesar de ser assim considerada, é uma “gratificação extraordinária”.¹²⁹ O cerne da questão proposta pelo autor, de pagar uma gratificação extraordinária (não se trata da subsistência mensal dos servidores) ou manter as prestações estatais à sociedade, tendo em vista a escassez de recursos, é trágico perante as consequências jurídicas (ações compelindo o pagamento da gratificação), em detrimento dos serviços sociais.

Entre as soluções para essa difícil equação há a possibilidade de se eliminarem políticas públicas, readequando as prestações à realidade existente no momento da formulação das políticas públicas.¹³⁰ É claro que se deve considerar a vedação ao retrocesso, mas também é preciso avaliar a questão da efetividade da política com relação ao bem-estar social, isto é, alocar os recursos em políticas que resultem em maior satisfação para os integrantes da sociedade, em detrimento de outras, de menor efetividade na perspectiva dos anseios sociais.

Aqui, um assunto que pouco é visto na doutrina trata-se da proibição do retrocesso financeiro. Considerado tal ponto de vista, em nenhum momento o Estado poderia deixar de aplicar valores menores do que os outrora aplicados nos direitos fundamentais, individualmente ou coletivamente considerados. Assim, se o percentual gasto com educação do município “X” foi de 18% (dezoito inteiros por cento) em determinado ano, nos anos subsequentes (para não se dizer “eternamente”) não poderá tal gasto ser inferior aos mesmos 18% (dezoito inteiros por cento).

Aprofundando o exemplo da educação, frisa-se que, de acordo com a Constituição Federal (art. 210, § 2º), é responsabilidade dos Municípios a prestação de serviços na educação infantil, sendo garantidas, conforme o art. 208, IV, vagas em creche e pré-escola às crianças até

¹²⁸ AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre Poderes. In: MELLO, Celso de Albuquerque et al. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 111.

¹²⁹ “Foi o costume, instituído pelos empregadores, nos anos trinta e seguintes, de pagamento aos trabalhadores de uma gratificação extraordinária, por ocasião das festas de Natal, que fez surgir a gratificação constitucionalizada pelo inciso VIII do artigo 7º. A medida apresenta positiva repercussão econômica, porque aquece o movimento do comércio na época das festas, na medida em que, preponderantes as relações de trabalho subordinado no mercado do país, enorme é o volume adicional de dinheiro que entra em circulação. A prática foi absorvida pela legislação, em 1962, com posterior regulamentação complementar, em 1965, até sua inserção constitucional em 1988.” (MALLETT, Estêvão; FAVA, Marcos. Comentário ao artigo 7º, inciso VIII. In: CANOTILHO, J.J.Gomes; MENDES, Gilmar F. SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio, L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. P. 569.).

¹³⁰ NASCIMENTO, Rafael do. **As Restrições aos Direitos Fundamentais no Contexto da Crise do Estado de Bem-Estar Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 1118.

cinco anos de idade. De acordo com o IBGE,¹³¹ a projeção para o estado do Rio Grande do Sul é, doravante, a diminuição da população entre 0-4 (zero e quatro) anos. Por outro lado, para o ano de 2030 é esperado um aumento de mais de 50% (cinquenta inteiros por cento) na população acima de 60 (sessenta) anos. Com base em tal realidade e entendimento da proibição do retrocesso financeiro, mesmo que o Município se encontre em estado de excelência na educação infantil, não poderá, “jamais”, diminuir os valores ou percentuais investidos na educação infantil. Não poderia haver o remanejamento financeiro para ações e serviços públicos de saúde com a finalidade de aumentar a prestação positiva aos idosos.

A avaliação coletiva segue o mesmo raciocínio. Se considerados os valores prestacionais de forma coletiva, fica o gestor público engessado para distribuí-los de acordo com a necessidade social, contribuindo, por que não, para uma ineficiência estatal. Se comprovada a prestação estatal de mesma qualidade por valores menores, não haveria motivo para se manter os recursos outrora empregados. A redução dos investimentos resultaria, em determinado aspecto, na busca da maximização dos recursos disponíveis. Essa necessidade de redistribuição dos valores dentro dos direitos “se justifica na medida em que a sustentabilidade se apresenta cada vez mais problemática nos tempos de profunda crise enfrentada pela Sociedade”.¹³²

Em uma tentativa de evitar a escassez de recursos (o que, como já se disse, é inerente à realidade), para além da já aventada redução de gastos por meio de eliminação de políticas públicas, poderia o Estado atuar de forma a aumentar a arrecadação de tributos, o que poderia esbarrar em uma das proibições ao poder de tributar: o confisco.¹³³

Alguns países que adotaram uma carga tributária intensa como forma de prestar serviços públicos de forma efetiva¹³⁴ de fato lograram êxito e atingiram o objetivo. Todavia, não é a realidade brasileira. Logo, quem admite uma intervenção estatal na prestação e garantia de

¹³¹ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Projeção da população das unidades da Federação por sexo e idade: 2000-2030.** 2013. <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/projecao_da_populacao/2013/default.shtm>. Acesso em: 29 nov. 2017.

¹³² NASCIMENTO, Rafael do. **As Restrições aos Direitos Fundamentais no Contexto da Crise do Estado de Bem-Estar Social.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 118.

¹³³ Ressalta-se que isso não se aplica somente ao confisco. Conforme Alceu Maurício Junior “aumentar as receitas públicas é sempre uma opção, porém esbarra na capacidade da economia de absorver sucessivos incrementos na carga tributária”. MAURICIO JR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. 311p. p. 80.

¹³⁴ “São raros os casos de um Estado social saudável, somente havendo experiência positiva neste sentido nos países que adotaram carga tributária intensa como requisito primordial para políticas prestacionais realmente efetivas, como o Canadá, a Suécia e a Noruega”. LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade.** 2ª ed. ver. e atual. Curitiba: Juruá, 2016. 224p. p. 83.

direitos fundamentais, por coerência, deve admitir a existência de um sistema tributário também altamente interventor, isto é, com grande impacto na produção de renda da nação. Não é possível imaginar a redução de tributos em um cenário de ampliação constante da presença do Estado na garantia de direitos constitucionais.¹³⁵

Aqui se faz mais uma vez alusão ao conceito de escassez, desta vez vinculado à arrecadação de tributos: enquanto essa é limitada à geração de riqueza nacional, os anseios sociais ainda serão infinitos. Logo, é gerado um desequilíbrio entre a participação social na produção de recursos que suportem a garantia dos direitos e a devida prestação. Se um há de ser limitado, como não limitar o outro? (Referindo, novamente, o fato de o orçamento fixar despesas, isto é, de limitar a prestação de serviços). O impacto do desequilíbrio é extremo, conforme alerta Olsen:

Posições que deixam de considerar – como um todo – a alegação de escassez de recursos, com base exclusivamente na prevalência do direito fundamental social à prestação, podem comprometer a racionalidade do sistema, e mesmo gerar um descrédito em relação à eficácia do ordenamento jurídico: se o direito a determinada prestação for judicialmente reconhecido, mas não vem a se realizar na prática, pois inexistem condições materiais para tanto.¹³⁶

Com relação ao ativismo judicial, a avaliação da escassez de recursos deve ser realizada nas decisões dos magistrados referente a políticas públicas. O mundo jurídico deve estar preparado para dar resposta aos anseios sociais e, é claro, para a realidade que se apresenta.¹³⁷

Através das decisões ativistas, de interferência na esfera alocativa dos escassos recursos estatais, pode-se questionar a abundância ou não dos recursos, compelindo o Estado a encontrar novas soluções para os problemas existentes e implicando a ampliação da eficiência da máquina pública.¹³⁸ Questionar judicialmente a existência de valores pode, inclusive, incitar um maior controle social dos recursos públicos.

Por outro lado, critica-se as decisões que desconsideram o fenômeno da escassez, a partir de uma visão meramente legalista (deve-se cumprir a lei), forçando o gestor público a realizar o afirmado *trade-off*; isto é, para cumprir uma decisão proferida nesses termos, terá que

¹³⁵ MAURÍCIO JR., Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 311p. p. 86.

¹³⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. 1ª ed. (ano 2008), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 229.

¹³⁷ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 185.

¹³⁸ BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. **Garantia de direitos e separação de poderes**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2017. p. 238.

mitigar a implementação de outros direitos, em prejuízo de outros indivíduos.¹³⁹ Isso se dá porque a escassez de recursos existe e é tão antiga quanto a própria natureza humana. O homem evoluiu convivendo com a escassez e se adaptando a ela.

3.2.3 Restrição aos direitos fundamentais

Reconhecida a situação de escassez dos recursos necessários para o adimplemento das políticas públicas a consequência é não haver recursos suficientes para as prestações tanto positivas quanto negativas (não se pode esquecer que Holmes e Sunstein colocam as prestações negativas como positivas, tendo em vista a necessidade de intervenção do Estado), o que resultará na indisponibilidade dos direitos fundamentais para todos. De tal modo, por se considerar que tais direitos fundamentais não serão plenos, por falta de recursos, há a necessidade de, antes de se adentrar a reserva do possível em si, tecer-se comentários sobre a restrição aos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, sejam os negativos, sejam os positivos, dependem de recursos financeiros para sua implementação e a já referida escassez traz como decorrência a impossibilidade de atendimento dos anseios sociais na sua plenitude. Com base em tal realidade, há doutrinares que entendem ser “impensável considerar seu conteúdo como ilimitado e absoluto”.¹⁴⁰ Mas não se pode deixar de citar que grande parte da doutrina advoga em sentido contrário, não se podendo falar em discussão ou negação de sua fundamentalidade (o que comumente é feito pela Administração Pública).¹⁴¹ Para que se possa entender a restrição aos direitos fundamentais, é preciso apresentar as teorias internas e externas.

Inicialmente, registra-se a diferença entre os conceitos de “limite” e “restrição” observada por Novais:

Etimologicamente há, porém, uma diferença de perspectivas: enquanto *restrição* (do latim *restringere*) tem o sentido principal de supressão ou diminuição de algo, já *limite* (do latim *limitare* ou *delimitare*) tem o sentido de estrema, de fronteira. Assim, enquanto que restrição procura traduzir a ideia de uma intervenção ablativa num conteúdo pré-determinado, *limite* sugere a revelação ou colocação dos contornos desse conteúdo, ainda que na colocação de limites a alguma coisa venha sempre

¹³⁹ Cf. AMARAL, Gustavo. **Direto, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 184. e VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. Minas Gerais: Editora Fórum Ltda, 2016. p. 145.

¹⁴⁰ SANTIAGO, Denny Mendes. **As limitações aos direitos fundamentais**: os limites dos limites como instrumento de proteção ao núcleo essencial desses direitos. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 88.

¹⁴¹ MORAIS, Fausto Santos; BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer. **A jurisdição constitucional e os desafios à concretização dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 114.

implicado o deixar de fora da delimitação algo que poderia estar dentro. (Grifos no original).¹⁴²

Complementa o doutrinador, relativamente à restrição, no sentido de que é:

[...] entendida como ação ou omissão estatal que, eliminando, reduzindo, comprimindo ou dificultando as possibilidades de acesso ao bem jusfundamentalmente protegido e a sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental ou enfraquecendo os deveres e obrigações, em sentido lato, que dele resultam para o Estado, afeta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental.¹⁴³

A teoria externa dos direitos fundamentais, ou “pensamento de intervenção e limite”,¹⁴⁴ parte da premissa de que os direitos fundamentais podem sofrer restrições, mas que estas devem ser externas aos direitos. Para Sarlet, “tal construção parte do pressuposto de que existe uma distinção entre posição *prima facie* e posição definitiva, a primeira correspondendo ao direito antes de sua limitação, a segunda equivalente ao direito já limitado”.¹⁴⁵ Tais restrições podem ocorrer pelo texto constitucional ou “sob sopesamento quando da colisão com outro princípio jusfundamental, hipóteses na qual o direito preterido teria seu conteúdo restringido em face do direito com precedência no caso concreto”; entretanto, o pensamento não é uniforme, pois “para uma corrente, por exemplo, os limites externos, para serem válidos, devem estar expressamente previstos na Constituição” e, por outro lado, “restrições outras, como as previstas pela técnica do sopesamento alexyano, não seriam possíveis, pois não previstas no texto constitucional”.¹⁴⁶

Repisa-se que na teoria externa há “a separação clara entre conteúdo e limites do direito fundamental” e que adeptos da teoria entendem que as restrições podem ocorrer por qualquer um dos três Poderes.¹⁴⁷

Forma-se o contraponto com a teoria interna. Segundo ela, não há uma restrição externa aos direitos fundamentais. Haveria, isto sim, limitações implícitas a eles, imanentes. Assim, o direito não traria em seu bojo um fator interventivo externo, mas limites, pois o direito iria até onde ele mesmo se permite ir, isto é, até os limites a ele inerentes. Os direitos, na teoria interna,

¹⁴² NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 155.

¹⁴³ Ibidem, p. 247.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 292.

¹⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 12ª ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 407.

¹⁴⁶ SANTIAGO, Denny Mendes. **As limitações aos direitos fundamentais: Os limites dos limites como instrumento de proteção ao núcleo essencial desses direitos**. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 25-27.

¹⁴⁷ NOVAIS, op. cit., p. 247.

são definitivos, e não há qualquer tipo de intervenção neles, positiva ou negativa; nascem com seu conceito, fundamentos e extensão/limites.¹⁴⁸

Segue na mesma linha a doutrina de Novais, para quem as “restrições” não são fruto de elementos externos ao conteúdo dos direitos fundamentais, mas sim de sua própria concepção, “a partir ‘de dentro’” do direito. No caso, a positivação somente declararia o limite do direito.¹⁴⁹ Ao invés de a norma restringir o direito, de uma ação “de fora”, a norma estipularia o limite do direito, dentro da própria essência deste (“de dentro”).

Em conclusão, é possível afirmar que o cerne da discussão entre teoria interna e externa é se o direito já nasce com as suas limitações (sendo que o legislador e o intérprete somente as declaram, verbalizando os limites – teoria interna), ou se há dois momentos para o direito: o momento em que ele é direito sem restrições, *prima facie*, e o direito como resultado das restrições externamente havidas.

Consoante Novais a restrição aos direitos fundamentais possui esfera *lato* (os comportamentos do Estado que impactam diretamente em um direito fundamental), mas também é possível distinguir uma restrição em sentido estrito e intervenções restritivas. As restrições em sentido estrito têm guarida em regras gerais e abstratas. Tratam-se de uma restrição da própria norma garantidora do direito fundamental, com a “redução, amputação ou eliminação do conteúdo objetivo do direito fundamental constituído, reconhecido, conformado ou delimitado por essa norma, restringindo-se o seu âmbito de proteção”. Já na intervenção restritiva não há o caráter genérico, abstrato, mas o impacto na “posição individual que resulta da titularidade de um direito fundamental”. Nesse caso, a norma de direito fundamental e seu conteúdo permanecem hígidos.¹⁵⁰

A diferenciação entre os dois tipos consiste no fato de que a restrição em sentido estrito ataca “o direito fundamental da coletividade”, posto que atua no cerne da norma que o estabelece. Já a intervenção restritiva sempre será a efetuada perante um indivíduo (ou indivíduos passíveis de individualização), afetando-os tão somente.

Essas restrições podem ocorrer baseadas em norma constitucional ou em norma de hierarquia inferior, desde que permitidas pela norma fundamental.¹⁵¹ Relembra-se o fato de que

¹⁴⁸ SANTIAGO, Denny Mendes. **As limitações aos direitos fundamentais**: Os limites dos limites como instrumento de proteção ao núcleo essencial desses direitos. Belo Horizonte: Arraes, 2014.p. 5-22.

¹⁴⁹ NOVAIS, , Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 313. A expressão “a partir de dentro” também é utilizada por Virgílio Afonso da Silva. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 130.

¹⁵⁰ NOVAIS, op. cit., p. 192-194.

¹⁵¹ SANTIAGO, op. cit., p. 44.

a restrição pode ocorrer por qualquer um dos três Poderes, mas deve estar calcada em normativo. No caso de restrições em normas constitucionais, estas podem ocorrer seja “no próprio preceito relativo ao direito fundamental, seja em preceitos introduzidos em outras partes da Constituição”.¹⁵²

Ainda, pode ocorrer de princípios restringirem direitos fundamentais, no caso de colisão, quando ocorrerá “uma restrição *prima facie* (ou um não direito *prima facie*) a um direito também garantido *prima facie*”.¹⁵³

A restrição com base em princípios, ou, nas palavras de Novais, “restrições não expressamente autorizadas”, é assim explicada pelo autor e parte do pressuposto de que as normas de direito fundamental teriam a natureza de princípios:

Assim sendo, podemos dizer que, na sua generalidade, as normas constitucionais de direitos fundamentais têm a natureza de princípios ou, recorrendo à terminologia tradicional, consagram garantias subordinadas a uma reserva geral imanente de ponderação ou de necessidade de compatibilização com valores, bens ou interesses igualmente dignos de proteção, o que, mesmo quando a Constituição não o prevê expressamente, envolve, consoante as circunstâncias de caso concreto, a possibilidade da sua cedência, afetação desvantajosa, limitação ou restrição por parte dos poderes constituídos.¹⁵⁴

Quando ocorrer a colisão de princípios, no momento da respectiva aplicação no caso concreto, um desses cederá em detrimento de outro. Diz-se “cederá” para que fique claro não se tratar de invalidação de princípios (no sentido “tudo ou nada” com relação às regras), mas sim de tornar menos intenso, abrandar a aplicação do princípio apenas no caso concreto. A não utilização do princípio na sua plenitude, mas sim de forma branda, é resultado da restrição com relação à aplicabilidade desse no caso em análise.

Rafael do Nascimento, com base em decisão do Tribunal Constitucional da Espanha, afirma que aquela Corte entende pela inexistência de direitos ilimitados e, na mesma linha de Novais, que existem limites não expressamente delineados constitucionalmente (no livro, o autor denomina de “limites indiretos”).¹⁵⁵

Questiona-se, então, o quanto se pode restringir um direito fundamental, com o que chegamos ao conteúdo ou núcleo essencial dos direitos fundamentais. De fato, o cerne de um

¹⁵² NASCIMENTO, Rafael do. **As Restrições aos Direitos Fundamentais no Contexto da Crise do Estado de Bem-Estar Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 19.

¹⁵³ SANTIAGO, op. cit., p. 45.

¹⁵⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 575.

¹⁵⁵ NASCIMENTO, op. cit., p. 22.

núcleo essencial dos direitos fundamentais reside na existência de uma inviolabilidade do seu conteúdo, sendo objeto de bloqueio de qualquer interferência estatal.¹⁵⁶

Para Virgílio Afonso da Silva, existem dois enfoques para a análise de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais, o objetivo e o subjetivo. O primeiro adota uma visão geral do direito fundamental, “a partir de sua dimensão como direito objetivo”, enquanto o enfoque de direito subjetivo refere-se à investigação sobre “se há um direito subjetivo dos indivíduos a uma proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais”.¹⁵⁷

Para o autor, na dimensão objetiva o conteúdo é *erga omnes*, ou seja, é definido com base na sociedade, na vida social da população, considerada como um todo.¹⁵⁸ Infere-se, dessa forma, que eventuais restrições serão consideradas para todos, para o conteúdo estratificado socialmente do direito fundamental. Na dimensão subjetiva o conteúdo dos direitos estaria no âmbito da esfera pessoal de cada indivíduo; vale dizer, é o direito fundamental no caso concreto, com pessoas individualizadas. Assim, pode uma restrição não afetar a sociedade, mas somente um cidadão na sua posição jurídica (como nos exemplos da pena de morte e desapropriação e, como será visto adiante, no caso da decisão penal condenatório de segunda instância).¹⁵⁹

Denny Mendes Santiago, ao avaliar a matéria, resume as concepções da seguinte forma:

A identificação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, pelo que foi exposto, vai depender, com isso, da perspectiva que se adota: a) numa visão subjetivista, não seria possível considerá-los como absolutos, na medida em que podem ceder completamente em face dos interesses da coletividade [...]. Os direitos fundamentais, assim, numa perspectiva de direito subjetivo, serão sempre relativos, não podendo ser considerados como detentores de um conteúdo essencial ilimitável; b) numa visão objetivista, o núcleo essencial dos direitos fundamentais poderia tanto ser considerado como algo absoluto, ilimitável, ou como algo relativo, neste último caso, podendo sofrer limitações em face de situações nas quais seu conteúdo poderia ser diminuído em decorrência da prevalência de outro direito fundamental que, num caso concreto, deverá sobrepujar o primeiro, após a realização do sopesamento e da ponderação de interesses.¹⁶⁰

Em termos de ativismo judicial e políticas públicas relacionadas à restrição dos direitos fundamentais, vale lembrar a alteração da posição do Supremo Tribunal Federal quanto ao cumprimento da pena após decisão de segunda instância, o que impacta as políticas públicas

¹⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 12ª ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 420.

¹⁵⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 185.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 185-186.

¹⁵⁹ NASCIMENTO, Rafael do. **As Restrições aos Direitos Fundamentais no Contexto da Crise do Estado de Bem-Estar Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 39.

¹⁶⁰ SANTIAGO, Denny Mendes. **As limitações aos direitos fundamentais**: Os limites dos limites como instrumento de proteção ao núcleo essencial desses direitos. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 45.

prisionais. Isso demonstra que, apesar de não afetar diretamente as políticas públicas, as decisões ativistas podem desencadear uma interferência na Administração Pública sem que tal seja mencionado na decisão. No caso em questão, o tribunal interfere em toda a política penitenciária.

Em 17 de fevereiro de 2016 o Supremo Tribunal Federal julgou o *Habeas Corpus* nº 126.292¹⁶¹, cujo relator foi o falecido Ministro Teori Zavascki, e, por maioria, denegou a ordem do *writ*, vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Tal voto acabou por alterar a posição estabelecida há apenas seis anos antes no julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078¹⁶² (“a prisão decorrente de condenação pressupõe o trânsito em julgado da sentença”). O entendimento, modificativo, foi no sentido de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”.

Quase 07 (sete) meses após o julgamento do HC 126.292, em 1º de setembro de 2016, iniciou-se o julgamento do pedido de medida cautelar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) números 43¹⁶³ e 44¹⁶⁴ acerca do mesmo tema. Em ambas as ações, a relatoria coube ao Ministro Marco Aurélio. Nessa data, o relator apresentou o seu voto, favorável à máxima efetividade do princípio da presunção de inocência, isto é, não admitindo a execução da pena após a decisão de segundo grau, mas apenas após o trânsito em julgado. Todavia, o julgamento foi suspenso, sendo retomado em 5 de outubro de 2016 quando, por 06 (seis) votos contra 05 (cinco), considerado o voto do Ministro Dias Toffoli, o STF estratificou a tese da execução da pena após a decisão condenatória de segundo grau.

As críticas de boa parte do mundo jurídico pátrio (tendo em vista que também existem os que concordam com a decisão do STF) podem ser resumidas nas palavras de Roberto Soares

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* nº 126.292**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* nº 84.078**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986729>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

Garcia: “a disposição de nossa E. Suprema Corte era mutilar o texto constitucional, suprimindo de todo cidadão brasileiro direito fundamental inscrito no inc. LVII, do art. 5.º”.¹⁶⁵

Temos, aqui, um caso explícito de ativismo judicial, aqui quando os tribunais interferem nas decisões do legislador. A presunção de inocência e a não privação de liberdade até o término de um processo judicial penal (isto é, até o trânsito em julgado) são garantidos pela Constituição. O Supremo Tribunal Federal, ao decidir de tal forma, está restringindo o direito fundamental de toda a sociedade. As decisões claramente legislaram contrariamente à Constituição, exaurindo os efeitos de uma cláusula pétrea, isto é, diminuiu direitos, o que é vedado pela Constituição Federal. O ativismo judicial possibilitou tal perversão dos direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros.

Aqui, como crítica ao ativismo judicial, deve-se ressaltar que se transformam “decisões judiciais em compêndios metafísicos onde ‘os achismos’ dão lugar para a retirada da fundamentalidade dos direitos sociais”.¹⁶⁶

Por outro lado, favoravelmente à intervenção do Poder Judiciário, afirma-se que muitas decisões tidas como ativistas buscam proteger e garantir os direitos fundamentais no seu conteúdo essencial, tendo em vista a possibilidade fática de a Administração restringir seu conteúdo.

3.2.4 Ativismo judicial e a reserva do possível nas políticas públicas

Colocadas as observações sobre escassez e restrições aos direitos fundamentais, pode-se agora adentrar um dos temas que mais trazem tensão entre o ativismo judicial e as políticas públicas: a reserva do possível. Houve a necessidade de se realizar exposição acerca dos temas anteriores para que haja uma melhor compreensão da reserva do possível, posto que a alegação da reserva do possível os envolve diretamente.

O instituto não se trata de uma criação pátria, tendo sido importada de outros sistemas jurídicos, mais especificamente do sistema jurídico alemão. A teoria da reserva do possível teve origem na década de 1970 e ficou amplamente conhecida com a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, denominada *numerus clausus* (BVERFGE 33, 303), de 1972. Trata-se da demanda de um estudante preterido em um processo seletivo de estudantes das

¹⁶⁵ GARCIA, Roberto Soares. Cumprimento de pena depois do julgamento de apelação. **Revista Brasileira de Advocacia**, v. 3, p. 75-85, out./dez. 2016.

¹⁶⁶ MORAIS, Fausto Santos; BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer. **A jurisdição constitucional e os desafios à concretização dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 114.

universidades da Bavária e de Hamburgo. Conforme a Lei Fundamental Alemã, no art. 12, I, todo cidadão tem a liberdade de escolher a sua profissão, o seu ofício, bem como o local onde irá se profissionalizar. Todavia, na visão do demandante, tal direito não estava sendo assegurado pelas instituições, o que ocasionou o litígio.

Na decisão do processo, o Tribunal Constitucional Federal Alemão entendeu que os direitos à escolha profissional e ao ensino, direitos fundamentais insculpidos na Lei Fundamental, podem ser limitados por meio de lei e tais limitações poderiam ocorrer após o uso exaustivo dos recursos disponíveis.¹⁶⁷ Aqui encontram-se as duas fundamentações outrora expostas: escassez e restrição aos direitos fundamentais. A decisão demonstra que, no caso da escassez de recursos, pode ser arguida a reserva do possível e, com isso, os direitos fundamentais podem ser objeto de restrições.¹⁶⁸

Para o referido Tribunal não há obrigatoriedade de o Estado prover aos administrados, ao bel prazer destes, as prestações que assim desejarem.¹⁶⁹ São tais direitos passíveis de exigência de acordo com a reserva do possível “no sentido de estabelecer o que pode, racionalmente falando, exigir da coletividade”, conforme tradução do *decisum*. Aqui fica demonstrado que os cidadãos não poderiam exigir tudo o que bem desejassem do Estado, mas o que seria racional. Como dito por diversas vezes neste trabalho, os anseios sociais são ilimitados, mas os recursos são limitados. Por isso, somente o que seria racionalmente possível de exigência poderia ser feito. Mas conforme o julgado, a reserva do possível não seria absoluta, dependeria da demonstração de que, apesar dos esforços estatais, não foi possível fornecer prestações positivas a todos os cidadãos, o que se depreende da citação ao § 2 da lei de fomento à construção de universidades e do reconhecimento do fato de no passado terem sido utilizados vultosos montantes para a expansão do sistema universitário e, mesmo assim, não se ter suprido toda a demanda.¹⁷⁰

¹⁶⁷ SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Traduzido por Beatriz Hennig, et al. Montevidéu: Konrad Adenauer-Stiftung. Disponível em <http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf>. Acesso em 1º dez. 2017. p. 565-667.

¹⁶⁸ Utilizou-se -se a expressão “restrições”, constante na tradução de KOMMERS, Donald P. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. Second ed., rev. exp. Durham: Duke University Press, 1997. p. 282. Porém há de se ressaltar que na tradução para o português de Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão realizada por Beatriz Hennig, et al. a foi utilizada “limitações”.

¹⁶⁹ Destaca-se a sentença “a ideia de que o indivíduo possui reivindicações ilimitadas à custa da comunidade como um todo é incompatível com o princípio do Estado de Bem-Estar Social”. Tradução livre do original: “the idea that the individual has an unlimited claim at the expense of the community as a whole is incompatible with the principle of a social welfare state”. KOMMERS, op. cit., p. 286..

¹⁷⁰ SCHWABE, op. cit., p. 565-667.

Na literatura nacional há uma grande discussão acerca da possibilidade de se reconhecer a reserva do possível como uma limitação fática à atuação ativista do Judiciário nas políticas públicas.¹⁷¹ A propósito, Amaral esclarece que parte da doutrina entende que somente os direitos negativos seriam inexigíveis independentemente de recursos financeiros do Estado, até pelo fato de tais direitos não necessitarem de tais recursos (devendo-se frisar, entretanto, a posição de doutrinadores como Holmes e Sunstein). Por outro lado, o autor conclui que os direitos a prestações positivas devem respeitar a reserva do possível, posto a necessidade financeira para o adimplemento do constitucionalmente garantido. Todavia, o mesmo autor menciona que existem doutrinadores que entendem que o mínimo existencial não pode ser mitigado ou eliminado pela reserva do possível.¹⁷²

O conceito da reserva do possível é calcado na escassez dos recursos financeiros (receitas) em contraponto às necessidades da população, ilimitadas, e que, por sua vez, geram despesas muito acima da capacidade arrecadatória do Estado. Para Olsen:

[...] a reserva do possível determina que um direito só poderá ser exigido dentro das condições fáticas existentes. Todavia, a partir desta noção, verifica-se certa insegurança na doutrina e na jurisprudência quando se faz necessária uma referência à reserva do possível, sendo que alguns tratam-na como princípio, outros como cláusula ou postulado, e outros são mais específicos ao tratá-la como condição de realidade.¹⁷³

O argumento da reserva do possível teve o seu surgimento relacionado ao papel do Poder Judiciário no exame das demandas postas a ele sob o fundamento da exigência de que o Estado efetuasse prestações positivas. O controle judicial das políticas públicas surge, desse modo, da ineficácia do Estado em realizar as políticas públicas.¹⁷⁴

A dificuldade do tema e a possibilidade de existir ativismo judicial é assim exposta por Canotilho:

¹⁷¹ Alceu Maurício Junior afirma que a doutrina é quase uniforme quanto ao acolhimento da doutrina da reserva do possível (MAURICIO JR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 311p. p. 63), enquanto que Rafael José Nadim de Lazari possui o entendimento de que “parte da doutrina e da jurisprudência acolhe” e “outra corrente rechaça qualquer validade de tese” LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade**. 2ª ed. ver. e atual. Curitiba: Juruá, 2016. 224p. p. 78.

¹⁷² AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 67.

¹⁷³ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. 1ª ed. (ano 2008), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 199-200.

¹⁷⁴ BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. 287p. p. 241.

1. “Reserva do possível” significa a total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados.
2. Reserva do possível significa a “tendência para zero” da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais.
3. Reserva do possível significa gradualidade com dimensão lógica e necessária da concretização dos direitos sociais, tendo sobretudo em conta os limites financeiros.
4. Reserva do possível significa insindicabilidade jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais.¹⁷⁵

A reserva do possível não deixa de ser um fato social, uma realidade imposta não somente aos administradores, mas também aos governantes, tendo em vista o desequilíbrio entre despesas e receitas (entre prestação de serviços e anseio social) que possui influência no Direito.¹⁷⁶ Sarlet, ao comentar sobre a questão fática, assim destaca:

A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.¹⁷⁷

No sentido delineado por Sarlet, Nascimento afirma que o tema pode ser estudado em uma dimensão tríplice, qual seja: a) a efetiva disponibilidade fática de recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais; c) a proporcionalidade e razoabilidade da prestação.¹⁷⁸

Já com relação à salvaguarda exposta, reside aí a crítica no sentido de que o argumento da reserva do possível não poderia ser invocado com a finalidade de escusar o Estado de cumprir suas obrigações constitucionais, principalmente no que se refere ao mínimo existencial que,

¹⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p 107. Em um caráter expansivo da “insindicabilidade” temos a intervenção nas políticas públicas não somente as definidas pela legislação, mas também dos atos de execução de políticas públicas pelo Executivo

¹⁷⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. 1ª ed. (ano 2008), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 201. No mesmo sentido BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. 287p. p. 237. MAURICIO JR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 311p. p. 62. NASCIMENTO, Rafael do. **As Restrições aos Direitos Fundamentais no Contexto da Crise do Estado de Bem-Estar Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 83.

¹⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. 512 p. p. 296.

¹⁷⁸ NASCIMENTO, Rafael do. **As Restrições aos Direitos Fundamentais no Contexto da Crise do Estado de Bem-Estar Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 82.

como visto, deve ser garantido por se tratar de um mínimo que o Estado deve prestar aos indivíduos.¹⁷⁹

No entanto, como afirmado, outra parte da doutrina¹⁸⁰ entende pela possibilidade da utilização do argumento da reserva do possível, podendo ocorrer, pelo desequilíbrio entre receitas e despesas estatais, que um direito fundamental não seja garantido através da prestação estatal.

Com relação à restrição dos direitos fundamentais pela reserva do possível, ela pode ser considerada tanto pelo lado da teoria interna (como limite imanente) quando com base na teoria externa.¹⁸¹ Ao utilizar-se a teoria externa, haverá uma maior compatibilização do argumento com a eficácia no cumprimento dos direitos fundamentais, a ser realizada “mediante ponderação, entre elementos normativos do direito fundamental social e elementos fáticos, como a escassez de recursos”.¹⁸²

Não se pode descartar que a reserva do possível seja fruto de uma situação fática, de escassez de recursos. A questão é o quanto a escassez de recursos pode vir a influir na garantia dos direitos fundamentais, ainda mais nos sociais, que dependem de prestações positivas por parte do Estado. Ao encontro do pensamento de Holmes e Sunstein, não se pode esquecer que toda e qualquer prestação do Estado depende de recursos. Ademais, a própria atividade arrecadatória depende da existência de recursos, sem os quais não poderá o Estado auferir recursos para a consecução das atividades.¹⁸³ Sem recursos financeiros não existirão direitos fundamentais de qualquer tipo, dimensão ou outra classificação que possa existir. Por esses motivos, existe a discussão sobre a ponderação¹⁸⁴ entre os recursos e os direitos, sobre a

¹⁷⁹ LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficácia administrativa e ativismo judicial**: Escolhas orçamentárias, políticas públicas e o mínimo existencial social. Curitiba: Íthala, 2015. p. 256-260.

¹⁸⁰ NASCIMENTO, Rafael do. **As Restrições aos Direitos Fundamentais no Contexto da Crise do Estado de Bem-Estar Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 82.

¹⁸¹ BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado Constitucional**: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007. 287p. p. 236.

¹⁸² OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. 1ª ed. (ano 2008), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 194.

¹⁸³ É tamanha a importância da atividade de arrecadação que o art. 37, XXII, da Constituição Federal dispõe que “as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades”.

¹⁸⁴ Não se utilizou no presente trabalho a expressão “princípio da reserva do possível”, mas faz-se a menção de que doutrinadores utilizam tal expressão, talvez pelo motivo de que a ponderação, de acordo com a teoria alexyana, ocorre entre princípios. A utilização da expressão ocorrer, por exemplo, em SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. 2. ed. rev. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 41. LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial**: a

aceitação do argumento sobre o mínimo existencial. E considerados esses motivos, torna-se importante avaliar o impacto do ativismo judicial nas políticas públicas quando está em questão a reserva do possível.

Mencionou-se anteriormente a divergência existente na doutrina sobre a utilização da reserva do possível no ordenamento jurídico. Quanto ao ativismo judicial e as políticas públicas, a doutrina entende que não há ativismo judicial quando as decisões se sobrepõem à reserva do possível, garantindo os direitos da sociedade e, por outro lado, há quem tome por ativistas as decisões que desconsideram a reserva do possível, imiscuindo-se nas atividades dos demais Poderes. Um terceiro enfoque acerca da matéria é que ao invés da negação total da reserva do possível deve-se compatibilizar a teoria com a situação financeira do país no momento da análise do litígio.¹⁸⁵ Assim, quanto melhor a condição financeira do país, menos se poderá alegar a reserva do possível, pois o desequilíbrio entre recursos e despesas não será tão discrepante, ao contrário de um momento de eventual crise, no qual a teoria poderá ser alegada ante a insuficiência de condições financeiras.

Quanto aos aspectos tensionais do ativismo judicial (não se vislumbrou qualquer aspecto de complementariedade), apresentam-se as críticas quanto ao ativismo, que consideram a possibilidade de utilização da teoria da reserva do possível para o não adimplemento de prestações de direitos fundamentais e quanto à vedação de tal argumento. Vejamos, primeiro, esse último aspecto.

Não poderia o Poder Judiciário reconhecer qualquer tipo de restrições aos direitos fundamentais baseado na falta de recursos financeiros.¹⁸⁶ A ausência de recursos não poderia ser obstáculo para que o Judiciário efetive, no lapso do Executivo, os direitos constitucionalmente determinados.

Não haveria possibilidade de discricionariedade de cumprimento dos direitos fundamentais; é cogente ao Estado, devendo esse tomar a melhor escolha possível. Não caberia qualquer tipo de omissão. Não realizar não seria opção do gestor, mas sim obrigação.¹⁸⁷ Se a omissão não é possível, a reserva do possível também não o é. Para os defensores da impossibilidade de alegar a reserva do possível, a ausência de recursos não é uma falta de recursos financeiros, mas sim de recursos orçamentários, meramente uma questão de alocação

pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade. 2ª ed. ver. e atual. Curitiba: Juruá, 2016. 224p. p. 72.

¹⁸⁵ LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial**: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade. 2ª ed. ver. e atual. Curitiba: Juruá, 2016. 224p. p. 91.

¹⁸⁶ LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficácia administrativa e ativismo judicial**: Escolhas orçamentárias, políticas públicas e o mínimo existencial social. Curitiba: Íthala, 2015. p. 287.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 197.

de recursos dentro do orçamento do Estado.¹⁸⁸ Tratar-se-ia de uma escolha política dos gestores em não privilegiar os direitos fundamentais, ou privilegiar de forma diversa ao pretendido socialmente. Disponibilidades financeiras existiriam, mas os gastos públicos não estariam sendo realizados de acordo com os ditames constitucionais de privilegiar as prestações estatais ao povo.

E esse é o entendimento do STF. No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45¹⁸⁹, o STF enfrentou a cláusula da reserva do possível e sua interpretação. O STF entendeu que é incabível a alegação de tal cláusula para a prestação positiva dos direitos fundamentais. Da decisão destaca-se:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Se considerado tal ponto de vista, o entendimento é de que “[...] há a necessidade de proclamar-se aqui a prioridade dos valores de vida e de saúde, constitucional e eticamente consagrados, sobre um princípio meramente de finalidade fiscal invocado pelo ente público, que deve àquele se submeter”.¹⁹⁰ Por tais motivos, nesse entender, há impossibilidade de se alegar a reserva do possível perante as decisões ativistas.

Pelo lado contrário, temos a doutrina que entende viável a argumentação da reserva do possível. Nesses casos, o Judiciário não poderia adentrar as funções executivas por conta de tal

¹⁸⁸ BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. **Garantia de direitos e separação de poderes**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2017. p. 237.

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45**, Tribunal Pleno, Relator Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 29 de abril de 2004. Data da publicação: 4 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>>. Acesso em: 6 mar. 2017..

¹⁹⁰ AMARAL, Gustavo. **Direto, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 32. O mesmo autor observa que “a jurisprudência brasileira tende a não ver a questão de escassez de recursos, seja presumindo que haja recursos, seja tendo por imoral qualquer consideração orçamentária”. AMARAL, Gustavo. **Direto, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 173.

argumento. Para Rafael de Lazari, “o ativismo judicial deve encontrar limites, e um destes limites certamente é a reserva do possível”.¹⁹¹

Sob tal ponto de vista, mesmo com relação ao mínimo existencial deverá haver o respeito à reserva do possível. Não há direito que seja de prestação ilimitada pelo Estado pois este não é ilimitado. Poder-se-ia dizer “que se tomem empréstimos”, “que se emita mais dinheiro”, “que se cortem despesas em outras áreas”, mas, mesmo assim, deve-se ter em mente que o Estado é limitado. Não há como a necessidade de prover o mínimo existencial crescer acima das possibilidades, sob risco da falência da prestação estatal. Assim, é correto tratar da reserva do possível como argumento para a não implementação dos direitos fundamentais.

Em uma posição que não tenha o viés “tudo ou nada”, tem-se que é possível a intervenção do Judiciário, não sendo a falta de recursos algo para vedar tal fato, devendo a escassez (a alegação da reserva do possível) ser um parâmetro para as decisões judiciais, com a finalidade, aqui, de defender o mínimo existencial.¹⁹² Ao invés de se permitir a alegação da reserva do possível, ou de se vedar seu uso em todo e qualquer caso, o magistrado deverá realizar uma análise do caso concreto, verificando se o direito pleiteado está acima do mínimo existencial ou se está em seu núcleo. Com isso, haveria a decisão de (des)considerar a reserva do possível. Porém, como já demonstrado no segundo capítulo, tal avaliação é complicada, pela dificuldade de se avaliar o que está incluso no conceito de mínimo existencial quando materialmente traduzido para a realidade.

Assim, para a aplicação da reserva do possível, ou para seu rechaçamento, é imperioso que seja avaliado quando poderá a medida restritiva de direitos fundamentais ser correta ou se há uma evidente violação à proibição do retrocesso social (considerado em tal caso o mínimo existencial).¹⁹³ Com base na doutrina já apresentada de que tudo o que estiver acima do mínimo existencial pode ser negado pelo Estado, para o mínimo não poderá haver qualquer contexto de restrições financeiras; o que estiver acima da linha do mínimo pode retroceder até o conceito de mínimo. Tal retrocesso estaria sob a guarida da reserva do possível e não sob o amparo da proibição do retrocesso social.

¹⁹¹ LAZARI, Rafael de. **Reserva do possível e mínimo existencial: A pretensão de Eficácia da Norma Constitucional em Face da Realidade**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 83.

¹⁹² LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficácia administrativa e ativismo judicial: Escolhas orçamentárias, políticas públicas e o mínimo existencial social**. Curitiba: Íthala, 2015. p. 287.

¹⁹³ NASCIMENTO, Rafael do. **As Restrições aos Direitos Fundamentais no Contexto da Crise do Estado de Bem-Estar Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 53.

Tem-se, então, que a reserva do possível, para aceitação por parte dos tribunais, deve ser realizada com base em critérios, não meramente desconsiderada ou totalmente aceita,¹⁹⁴ sendo tais decisões judiciais, aceitando ou rejeitando o argumento, racionalmente fundamentadas,¹⁹⁵ evitando-se, com isso, outro aspecto do ativismo judicial, na visão de Kmiec,¹⁹⁶ desvios da metodologia interpretativa e de Roosevelt III¹⁹⁷, a valoração das preferências políticas dos juízes, em detrimento da argumentação. Esses critérios para aceitação das decisões (ou o seu afastamento), evitando os desvios interpretativos, podem ser realizados através da ponderação.

A ponderação é uma resposta à colisão de princípios. Contudo, a ponderação não somente soluciona a colisão, mas busca garantir a manutenção do princípio que cedeu em detrimento a outro no ordenamento jurídico. Isso, pois diferente da preceito do “tudo ou nada” das regras, mesmo que o princípio ceda lugar, ele não deixará de existir no caso, só foi concedida prevalência para outro. A ponderação é considerada um princípio parcial,¹⁹⁸ por estar inclusa no princípio da proporcionalidade, sendo parte da proporcionalidade em sentido estrito. O princípio da proporcionalidade divide-se em princípio “da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito)”.¹⁹⁹

A ponderação tem como mote-chave que “quanto mais alto é o grau de não cumprimento ou de prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento de outro”.²⁰⁰ Na ponderação deverá ser verificado o impacto da não realização ou prejuízo de um princípio, a importância do princípio em conflito e, por fim, se a realização de um princípio possibilitaria a não realização ou o prejuízo de outro e se o empate resultante de tal colisão

¹⁹⁴ LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial**: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade. 2ª ed. ver. e atual. Curitiba: Juruá, 2016. 224p. p. 91.

¹⁹⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. 1ª ed. (ano 2008), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 197.

¹⁹⁶ KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. **California Law Review**, v. 92, n. 5, p.1441-1477, Oct. 2004. p. 1444.

¹⁹⁷ ROOSEVELT III, Kermit. **The myth of judicial activism**: making sense of supreme court decisions. New Haven: Yale University Press, 2006. p. 38.

¹⁹⁸ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. 3ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 110.

¹⁹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva da 5ª Ed. alemã. 2ª ed. 5ª tir. Malheiros. São Paulo, 2017. Nome original: Theorie der Grundrechte. p. 116/117. No livro Constitucionalismo Discursivo o autor também utiliza a expressão ideoneidade ao invés de adequação (idem, **Constitucionalismo Discursivo**, p. 110.)

²⁰⁰ Idem, **Constitucionalismo Discursivo**, p. 110. Conforme o mesmo autor, no livro Teoria dos Direitos Fundamentais: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”. Idem, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 167.

resulta no espaço de ponderação estrutural.²⁰¹ Se os litígios judiciais devem ser decididos de modo racional, devidamente fundamentados, consequência de uma argumentação, e estando os princípios no centro de tal litígio (e suas colisões devendo ser decididas com base na ponderação), de acordo com Anizio Pires Gavião Filho o resultado do litígio “é a ponderação racional justificada pela argumentação racional”.²⁰²

Assim, trazendo a questão para o ativismo judicial e políticas públicas, a colisão entre o direito fundamental de um cidadão de ter o seu direito à saúde colide com o direito de retirada de recursos da saúde dos demais cidadãos, bem como o princípio democrático pode colidir com o da inafastabilidade da jurisdição e, por fim, o mínimo existencial colide com a reserva do possível. As decisões judiciais que definirem tais casos devem, inevitavelmente, passar pelo crivo da ponderação. E o resultado da ponderação “é o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os direitos fundamentais ou os bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos”.²⁰³

Dessa forma, ponderando-se e argumentando-se racionalmente, evitar-se-ia a ocorrência de um ativismo judicial (e não a mera alegação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento de muitas decisões).

Destaca-se, ainda, que a solução para o caso ocorre dentro da teoria da dogmática dos espaços. A proposta da dogmática dos espaços²⁰⁴ é justamente preencher o espaço entre um excesso de constitucionalização e uma subconstitucionalização. Poder-se-ia entender, nos tempos atuais, que uma subconstitucionalização, em termos de direitos fundamentais, principalmente, estaria afeita somente à estruturação do Estado e, lado contrário, o excesso de constitucionalização (sobreconstitucionalização) consubstanciar-se-ia em uma ampla carta de direitos e deveres (uma Constituição que já normatizasse os diversos atos/fatos sociais). No primeiro caso, o legislador terá uma longa margem de atuação política (o que poderia ocasionar a violação de direitos pela vontade da maioria) e, no segundo, o legislador/administrador ficará refém de um ordenamento jurídico já determinado pela Constituição, em que será mero executor de suas ordens, sem que possa entrar na esfera de oportunidade e conveniência política.²⁰⁵ Evitar

²⁰¹ ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho. n° 28. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003. p. 62-80. p. 62-80.

²⁰² GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 239.

²⁰³ Ibidem, p. 249.

²⁰⁴ Destaca-se o alerta de Anizio Pires Gavião Filho sobre as diferentes traduções para a expressão *dogmatische Spielraum* (dogmática dos espaços) oriunda dos textos de Robert Alexy. Ibid., p. 301. Nota de rodapé 2014.

²⁰⁵ Ibid., p. 301..

tanto uma sobreconstitucionalização como uma subconstitucionalização é a tarefa da dogmática dos espaços²⁰⁶ e, com isso, busca-se uma constitucionalização adequada.²⁰⁷

Esse espaço passa por dentro de uma visão de ordenação-quadro e ordenação fundamental. Os limites (a moldura) do quadro de atuação do legislador são o que é impossível/proibido (a não interferência nos direitos de privacidade das pessoas, por exemplo) e o que é ordenado/necessário (citam-se as prestações positivas), sendo que o interior do quadro é formado por aquilo que é liberado ao legislador (nem proibido e nem ordenado). Com relação à ordenação fundamental, a Constituição pode ser vista em um sentido quantitativo, quando tudo define (há sempre uma ordenação e/ou proibição) ou, em um sentido qualitativo, quando determina aspectos de fundamental importância para a comunidade. Tais construções (ordenação-quadro e ordenação fundamental) não são incompatíveis, tanto que uma Constituição qualitativa (ordenação fundamental), ao conter assuntos de grande importância para a sociedade, pode conter uma margem de ação para o legislador (área na qual ele poderá agir – ordenação-quadro).²⁰⁸ Tais espaços podem ser estruturais ou epistemológicos/cognitivos. Os espaços estruturais são aqueles em que não há ordenação ou proibição, onde o legislador tem livre espaço de atuação²⁰⁹, e o epistemológico/cognitivo é fruto da cognição entre os limites do que é proibido/ordenado pela Constituição e o que não é proibido/ordenado (isto é, liberado).²¹⁰

Dentro dos espaços estruturais, além dos de determinação de finalidade, de escolha média, há o de ponderação. O espaço de ponderação é essencial, pois o problema da constitucionalização (evitar-se a sobre e a subconstitucionalização) depende da resposta ao problema da ponderação.²¹¹ A ponderação então acaba sendo primordial para a análise (e empate) dos direitos fundamentais frente à reserva do possível (e também aos demais princípios constitucionais aos quais a Administração Pública se vincula). O constitucionalismo adequado e a dogmática dos espaços limitariam o ativismo judicial existente.

²⁰⁶ ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho. n° 28. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003. p. 53.

²⁰⁷ Deve-se mencionar a existência, na doutrina nacional, de entendimentos sobre “Constituição juridicamente adequada” (OLIVEIRA, Márcio. **A constituição juridicamente adequada: transformações do constitucionalismo e atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013), que não tem o mesmo sentido de “constitucionalização adequada”.

²⁰⁸ ALEXY, op. cit., p. 54-55.

²⁰⁹ Não somente o legislador, mas também os espaços estruturais incluiriam a liberdade de formulação das políticas públicas por parte do administrador público.

²¹⁰ ALEXY, op. cit., p. 58-59.

²¹¹ *Ibidem*, p. 62.

3.3 Ativismo no comando das políticas públicas

Como apresentado no primeiro capítulo, as políticas públicas envolvem um complexo conjunto de atividades não lineares para que o Estado possa intervir na vida da sociedade. Aqui se tratará mais da alocação de recursos, isto é, das opções do gestor, a sua função alocativa. A alocação dos recursos dentro do ciclo das políticas públicas estaria dentro da tomada de decisão e execução (posto que a execução irá acontecer com diversos atos).

As decisões alocativas referem-se à quantidade de recursos financeiros e materiais que serão despendidos e a quem serão destinados tais recursos.²¹² São realizadas principalmente através dos orçamentos, pois mesmo os recursos materiais dependerão de recursos financeiros para a sua aquisição/contratação – nesse caso, pelo Poder Executivo, que detém a competência para tal, sendo “os intérpretes por excelência da dimensão positiva dos direitos fundamentais”.²¹³ Aqui se ressalta que as políticas públicas não atendem somente aos direitos na sua dimensão positiva, mas também na sua visão negativa e que, na já amplamente citada teoria de Holmes e Sunstein, dependem de numerário.

A complexidade da definição das funções alocativas fica bem demonstrada em questionamentos realizados por Rafael de Lazari:

- i) mais vale conceder a um o fornecimento de medicamento no valor R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ou fornecer a mil o medicamento no valor de R\$ 10,00 (dez reais)?
- ii) mais vale determinar ao Município a construção de creche para suprir as necessidades de famílias que não têm com quem deixar seus filhos, ou a previsão administrativa do aumento do número de salas de aula numa escola municipal para suprir a demanda de alunos?
- iii) mais vale determinar a construção de Unidades de Terapia Intensiva neonatal, ou a construção de UTIs não restritas apenas a recém-nascidos?²¹⁴

Para as respostas às questões acima não há um critério único, um padrão objetivo que determine o agir do Administrador Público.²¹⁵ Fica, então, o Estado, através de seu corpo técnico e dos reclames sociais (como na formação da agenda), capacitado e com condições de tomar essas difíceis decisões. Essas são as escolhas trágicas de Calabresi e Bobbit, pois se alguém é atendido em seus anseios, outro cidadão não poderá ser contemplado, pela escassez de recursos. As difíceis decisões encontram-se na seara da discricionariedade da Administração.

²¹² AMARAL, Gustavo. **Direto, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 148.

²¹³ Ibidem, p. 205-206.

²¹⁴ LAZARI, Rafael de. **Reserva do possível e mínimo existencial**: A pretensão de Eficácia da Norma Constitucional em Face da Realidade. Curitiba: Juruá, 2016. p. 90-91.

²¹⁵ AMARAL, op. cit., p. 217.

A discricionariedade é o espectro que o gestor possui para realizar as políticas públicas e a atividade alocativa. Ela se desenvolve dentro da oportunidade e conveniência, no qual as necessidades da população são valoradas dentro de parâmetros existentes, para que as melhores decisões sejam tomadas (como o mínimo para aplicação em recursos para ações e serviços públicos de saúde e para educação).²¹⁶ Essa possibilidade discricionária do gestor reforça a ideia do direito fundamental à boa Administração. Há uma discricionariedade do Administrador e o “dever de enunciação das políticas públicas”, o que gera a necessidade das escolhas e da gestão serem realizadas de forma eficiente, visando ao bem-estar social.²¹⁷

Porém, não há uma total discricionariedade na função alocativa. Existem vinculações que obrigam o gestor a efetuar gastos em determinados itens. Além das mencionadas vinculações constitucionais em educação e saúde, temos fundos específicos (como o de combate à pobreza definido no art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT – da Constituição brasileira), bem como o pagamento de salários, encargos da dívida e cumprimento de decisões judiciais. Em diversos entes o pagamento de salários já ocupa mais 50% das receitas arrecadadas, valores esses em que o Administrador perde a discricionariedade na aplicação dos recursos. Cabe o alerta de Maurício Júnior: “o excesso de vinculações orçamentárias reduz de forma não desejável a flexibilidade do Executivo na alocação de recursos”.²¹⁸

Como não há recursos para atender à sociedade como um todo, em todas as necessidades, mesmo que haja uma máxima eficiência dentro das possibilidades financeiras e materiais, sempre haverá um indivíduo impossibilitado, por algum motivo, de esperar a consecução das políticas públicas.²¹⁹ Isso faz com que se gere a judicialização das demandas e, dentro dessas, a atitude interventiva do Judiciário no âmbito das funções dos demais Poderes – o ativismo judicial. Nas demandas judiciais a discussão das políticas públicas não se trata apenas da determinação do direito fundamental, mas também de alocação de valores, “um problema de adequação funcional”.²²⁰

As decisões ativistas ocasionam um locupletamento das funções executivas, ocasionando a substituição da discricionariedade administrativa pela discricionariedade

²¹⁶ LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficácia administrativa e ativismo judicial**: Escolhas orçamentárias, políticas públicas e o mínimo existencial social. Curitiba: Íthala, 2015. p. 179-180.

²¹⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. Minas Gerais: Editora Fórum Ltda, 2016. p. 97.

²¹⁸ MAURÍCIO JR., Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. Minas Gerais: Editora Fórum Ltda, 2016. p. 113.

²¹⁹ VALLE, op. cit., p. 48.

²²⁰ MAURÍCIO JR., op. cit., p. 171.

judicial, uma atividade administrativa por parte dos juízes.²²¹ Isso configura os tribunais cada vez mais como atores políticos, interferindo na realização das políticas públicas, “intervindo no campo das relações interinstitucionais”.²²²

Exemplo dessa necessidade é que de acordo com notícia do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em relatório produzido pelo Comitê Executivo Estadual da Saúde do Rio Grande do Sul, em 2016, as decisões ativistas determinando a entrega de medicamentos e fornecimento de tratamentos médicos corresponderam a cerca de 15% do orçamento da saúde – foram mais de R\$ 320 milhões. Ao todo, os recursos destinados em 2016 para a saúde foram de R\$ 2,1 bilhões. Como é cristalino, o gestor público da saúde tem tolhido de seu orçamento o percentual de 15%. Caso prático, ao realizar o orçamento, o gestor deve considerar como passível de execução somente 85% desse, pois 15% do orçamento são geridos pelo Poder Judiciário. Ao invés de contar com a totalidade de seus recursos constantes no orçamento, deverá considerar somente 85%, cabendo ao “gestor-juiz” os outros 15%.²²³

Cabe, então, expor as opiniões favoráveis e as críticas com relação à interferência nas políticas públicas.

Para os que acreditam que o ativismo judicial tem um caráter político na gestão pública (ato de gerir a máquina estatal e fomentar as políticas públicas), o administrador não tem discricionariedade em cumprir ou não com os direitos fundamentais constitucionalmente previstos. O juízo pela garantia desses direitos foi realizado pelo constituinte originário e na Carta Magna incluídos. Dessa forma, não cabe ao Administrador avaliar oportunidade e conveniência acerca de tais direitos.²²⁴

A discricionariedade não tem o viés de uma mera opção pessoal do Administrador, mas sim de cumprimento dos direitos fundamentais, sujeita aos princípios normativos presentes no direito público, com o qual deve o gestor se disciplinar para o devido cumprimento.²²⁵ Como

²²¹ BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado Constitucional**: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007. 287p. p. 242. No mesmo sentido: Moraes e Bortoloti (2016, p. 124).

²²² TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Os impactos do ativismo judicial no sistema político: notas sobre a relação entre o judiciário e os demais poderes em tempos de crise política. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio, et al. **Crise dos Poderes da República**. São paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 225.

²²³ SOUZA, Rafaela. **Judicialização da Saúde**: Trabalho desenvolvido pelo Comitê Estadual obtém redução de gastos. Porto Alegre, TJRS Notícias, 14 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=362580>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

²²⁴ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas**: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 96.

²²⁵ LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficiência administrativa e ativismo judicial**: Escolhas orçamentárias, políticas públicas e o mínimo existencial social. Curitiba: Íthala, 2015. p. 189.

gestor dos bens da sociedade, gestor do interesse público, por óbvio não haverá liberalidade do gestor público na Administração.

Assim, o ativismo judicial é uma forma de intervir nos demais Poderes para que sejam respeitados os direitos da sociedade e os ditames constitucionais. É, dentro do sistema de freios e contrapesos, o controle que um Poder realiza para assegurar o cumprimento dos direitos por parte de outro Poder. É função do Judiciário a garantia das prestações diante da omissão inconstitucional do Estado, não substituindo o administrador, mas avaliando os pressupostos de validade do ato discricionário, das opções tomadas.²²⁶

Essa avaliação é uma forma de verificar se o meio para a consecução dos direitos foi correto para a finalidade obtida, se os meios necessários para tal foram os menos gravosos,²²⁷ pois “o Estado, cuja administração é difícil, tem recursos nem sempre bem empregados [...]”.²²⁸ Faz parte do direito fundamental à boa Administração a eficiência estatal (como outras vezes já aqui afirmado), o que faz com que a boa Administração dê um suporte material para que os direitos fundamentais, principalmente as prestações positivas de direito social, sejam garantidos. Então, dentro da possibilidade de garantia dos direitos sociais, o ativismo judicial é considerado complementar às políticas públicas no momento em que avalia se a discricionariedade do Administrador Público foi ao encontro dos ditames constitucionais.

A ausência de eficiência da gestão pública pode se dar pela total omissão nas prestações de direitos fundamentais ou pela “falta de qualidade de gerenciar os recursos públicos”,²²⁹ isto é, pela ineficiência administrativa, mesmo diante de várias opções que fossem possíveis para que um direito fosse devidamente assegurado ao povo. Repisa-se, deve sempre o gestor tomar a decisão que maximize a prestação de serviços, sem ofensa a outros direitos. As decisões ativistas não feririam as opções dos demais Poderes, mas procuriam “verificar a existência – ou não – de uma relação de eficiência mínima entre o que se investiu e o resultado específico desse investimento”.²³⁰ Não há um juiz substituto do legislador ou do administrador público, mas sim um juiz que leva a cabo a Constituição, na busca da garantia dos direitos lá instituídos, no

²²⁶ LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficácia administrativa e ativismo judicial**: Escolhas orçamentárias, políticas públicas e o mínimo existencial social. Curitiba: Íthala, 2015. p. 252-253.

²²⁷ MORAIS, Fausto Santos; BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer. **A jurisdição constitucional e os desafios à concretização dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 129.

²²⁸ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 31.

²²⁹ LUSTOZA, op. cit., p. 223.

²³⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. 2. ed. rev. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 123.

sentido de harmonizar as políticas públicas com as demandas sociais.²³¹ A harmonização corresponde aos direitos fundamentais dos indivíduos.

O ativismo realinharia as políticas públicas em desenvolvimento,²³² pois o Judiciário demonstra nas decisões aonde as políticas públicas estão em falhas com os reclames sociais em uma seara além da democracia participativa. Reformula as políticas em andamento, orientando-as para um vetor constitucional.²³³ Vanice Regina Lírio do Valle assim apresenta uma possibilidade de tal ocorrência:

O que se está afirmando aqui é que o conhecimento do sentido normativo que se possa reconhecer a políticas públicas deve orientar um aperfeiçoamento da eventual intervenção jurisdicional de controle, que seja a um só tempo apta a, no plano imediato, superar a violação a direitos, mas, no plano secundário, induzir a recondução do poder inerte (legislativo ou administrativo) ao cumprimento de seus misteres constitucionais, para os quais ele a rigor é revestido da indispensável especialização funcional.²³⁴

Com relação às críticas ao ativismo e sua prejudicialidade na gestão/políticas públicas, toma-se como base a apresentação realizada por Passos:

[...] falece ao Poder Judiciário capacidade técnica para a apreciação das políticas públicas em toda a sua amplitude e profundidade; ela pode promover a desorganização de uma política bem definida, com repercussões, inclusive, no planejamento orçamentário, pela introdução de um elemento novo pela via judicial.²³⁵

A partir do texto acima, as críticas serão expostas com base na ausência de capacidade do Poder Judiciário (capacidade técnica, pois a democrática já foi tratada anteriormente), desordem administrativa e desordem financeira.

Por óbvio, a capacidade técnica do Judiciário refere-se ao fato de esse Poder ter seus próprios princípios, sua própria sistemática procedimental. Dentre tais não está toda a sistemática vista no ciclo das políticas públicas, com o que, dessa forma, não podem os magistrados definir políticas públicas por falta de conhecimento da concepção e execução

²³¹ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 103.

²³² VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. Minas Gerais: Editora Fórum Ltda, 2016.p. 181.

²³³ No caso das intensas decisões sobre as políticas para os portadores de HIV, “esta realidade impôs ao administrador público a necessidade de reformular a política existente, readequando-se aos parâmetros constitucionalmente desenhados e fazendo englobar também os portadores de HIV. A desordem inicialmente criada deu lugar a uma política mais completa e mais consentânea com os parâmetros constitucionais” (PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nos políticas públicas: o problema da legitimidade**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 93. p. 93).

²³⁴ VALLE, op. cit., p. 74.

²³⁵ PASSOS, op. cit., p. 107.

dessas. Assim, o Judiciário “não pode fazer planejamento, que deve ser a base das políticas públicas, como já defendido, pois esta permite visualizar objetivos, prever comportamentos e definir metas”.²³⁶ Por exemplo, a formação da agenda envolve a percepção do Estado para os reclames da sociedade e dentro da seara de um processo judicial não há tal percepção, mas somente a visão de um cidadão, a visão individual do reclamante. Pela falta de corpo técnico que permita avaliar as políticas públicas de forma global, o Judiciário estaria impedido de interferir nessas. A consecução das políticas públicas envolve uma grande diversidade de pessoas com os mais diversos conhecimentos, enquanto o juiz é um único ser, que não possui tal visão. Aqui reside a questão do conjunto dos conhecimentos técnicos dos envolvidos contra o conhecimento filosófico dos magistrados.²³⁷

Aplicando-se às políticas públicas o entendimento de Carlos Eduardo Dieder Reverbel, o julgador acaba fazendo uma má política pública por meios jurídicos.²³⁸

Com relação à desordem administrativa, tem-se que a definição de políticas públicas por parte do magistrado gera uma disfunção na organização da estrutura, principalmente do Poder Executivo, tendo em vista a ocorrência de novos objetivos a serem buscados (como, por exemplo, a construção de escolas, fornecimento de fármacos), em detrimento do outrora planejado pelo Poder.²³⁹ Se a atividade de gestão pública não é por si só célere considerada a burocracia inerente a ela, a interferência do Judiciário acaba por ser mais um empecilho para o exercício das atividades estatais. O que foi planejado acaba sendo deixado em segundo plano para atender medidas judiciais, o que possibilita afirmar a existência da falta de deferência do Judiciário.

Tal desordem ocorre pois o Judiciário não tem como vislumbrar e avaliar a realidade da ação estatal, a visão macro que o Estado deve possuir. Não há uma visão do todo pelo ativista, que impõe a sua posição nas demandas individuais.²⁴⁰ O Judiciário não dispõe de meios para

²³⁶ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. rev. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 59.

²³⁷ Para Daniel Silva Passos, “A implementação de políticas públicas por meio de determinações judiciais remete à figura do tutor, tal como idealizada por Platão. O referido pensador acreditava que a atividade de governar deveria ser reservada a filósofos, indivíduos mais capacitados a servir ao bem público”. PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nos políticas públicas: o problema da legitimidade**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 81.

²³⁸ A frase original é “quando se confunde o campo jurídico com o campo político, a consequência é fatal: o julgador acaba fazendo uma má política, por meios jurídicos”. REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e estado de direito. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 73.

²³⁹ PASSOS, op. cit., p. 95.

²⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo

verificar se a política está em desenvolvimento, se as medidas estão sendo tomadas. Sua visão é muito imediatista, isto é, não importa se o resultado virá no futuro próximo ou mais longínquo, mas sim que os direitos do demandante não estão sendo efetivados hoje e, por isso, cabe ao Judiciário ao arrepio de todo esforço administrativo irromper as políticas públicas com as suas decisões. Magistrados não possuem conhecimento da ação estatal, condenando os entes a praticar atos que não são possíveis de cumprimento no tempo determinado pela necessidade de seguir os normativos aplicáveis ao Poder Público, como no caso em que um juiz concedeu prazo de 10 (dez) dias para iniciar manutenção no Instituto Psiquiátrico Forense, sendo que no prazo proposto não há viabilidade de se realizar uma contratação emergencial, muito menos de realizar-se uma licitação.²⁴¹ A necessidade de formalizar um termo de referência, colher orçamentos, juntar documentação da empresa a ser contratada, empenhar a despesa, formalizar contrato, ter-se aprovação jurídica do contrato e também do controle interno, assinar e publicar a súmula para que então a empresa inicie os serviços demanda um tempo que não é considerado nas decisões judiciais.

Decisões ativistas derrubam a capacidade organizacional e o planejamento estatal, acarretando a necessidade de um retrabalho para que haja o cumprimento das decisões. Ao invés de ser direcionada à população, a execução da atividade pública é realizada de forma pontual, para o adimplemento das ordens judiciais.²⁴² Imagine-se a necessidade de uma estrutura somente para o cumprimento e controle de ordens judiciais. Caso se deseje manter as políticas públicas e o efetivo cumprimento das ordens, deverá o Estado possuir estruturas paralelas. Uma para as políticas públicas de caráter global, como é da essência das políticas públicas, e uma “unidade de políticas públicas” para as decisões.

Para Franco Aurélio Brito de Souza, a necessidade de o Administrador Público ter que, cada vez mais, tomar suas decisões, realizar o seu planejamento e suas políticas públicas com base nos julgamentos judiciais evidencia “a era do juiz-administrador”.²⁴³ Novamente, tem-se em mente a visão de Hirschl, da possibilidade de vivermos em uma juristocracia.

Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. rev. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 115.

²⁴¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Determinado sequestro de contas do estado para manutenção do Instituto Psiquiátrico Forense**. Porto Alegre, 6 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=328128>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

²⁴² SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. rev. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 142.

²⁴³ SOUZA, Franco Aurélio Brito de. Uma breve abordagem sobre a relação entre estado, Direito e política. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 87.

O descompasso financeiro que as decisões ativistas acarretam é, no seu âmago, muito semelhante ao administrativo. Conforme explanado, a Constituição Federal possui todo um regramento necessário para a realização das atividades estatais. Para as despesas públicas é necessário um orçamento, que irá fixar as despesas no ano de seu dispêndio, sendo que não poderão ser efetuados gastos que lá não estejam previstos.

A interferência do Judiciário no orçamento do Executivo, ao impor gastos com base em decisões judiciais, acaba por macular o orçamento. O Administrador Público deve, a cada decisão, rever a programação orçamentária. Aqui temos um *trade-off* financeiro. Uma rubrica orçamentária deverá sofrer contingenciamento para que uma decisão judicial possa ser cumprida. Posto que a despesa é fixada, e por corolário as dotações específicas, uma vez que essas são limitadas, “a destinação de valores a um programa ou a uma ação, evidentemente, significa a diminuição, na mesma proporção, do montante destinado a outras atividades desenvolvidas pelo Poder Público”.²⁴⁴

A forma mais nefasta de desordem financeira causada pela intervenção do Judiciário no orçamento do Executivo são os bloqueios/sequestros de valores. A possibilidade de o Judiciário realizar bloqueios/sequestros foi instituída constitucionalmente. Todavia, a possibilidade se restringe ao não pagamento de precatórios e requisições de pequeno valor.²⁴⁵ Os magistrados, de forma indiscriminada, bloqueiam/sequestram valores para toda e qualquer demanda ajuizada.

O bloqueio/sequestro de valores impossibilita qualquer programação financeira dos entes. Ocorrendo a qualquer momento, a constrição financeira dificulta não somente o fluxo de caixa estatal, mas também o desenvolvimento de atividades. Ainda, cabe destacar que o bloqueio/sequestro de valores em contas vinculadas fere ainda mais a organização financeira, pois tais valores deverão ser repostos imediatamente sob pena de responsabilização do gestor e penalização à Administração Pública. Exemplo é o bloqueio de valores em contas de convênios. Caso um Estado ou Município realize convênio com o Governo Federal os recursos serão depositados em uma conta corrente para a utilização nos estritos fins da avença. Os valores não gastos deverão ser devolvidos à União, sob pena de não aprovação da prestação de contas e inclusão como inadimplente no Cadastro Único de Convênios (CAUC) do Governo Federal.

²⁴⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. Minas Gerais: Editora Fórum Ltda, 2016. p. 150.

²⁴⁵ “O único caso de sequestro de recursos públicos autorizado pela Constituição está no art. 100, §2º, da CF, e diz respeito exclusivamente à hipótese de preterimento de direito de preferência no pagamento de precatórios”. MAURICIO JR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 311p. p. 274.

Vislumbra-se a desordem que eventual bloqueio/sequestro pode acarretar: a não aprovação da prestação de contas pela ausência de recursos na conta corrente específica do convênio, o que ensejará o inadimplemento perante o CAUC e a vedação de recebimento de transferências voluntárias.

Os efeitos na atividade financeira são, no ponto de vista de José Rodrigo Rodriguez com relação ao tema, mais especificamente porque a “garantia de acesso a remédios e tratamentos de saúde ganhou tal dimensão que acabou por se tornar um problema para a administração do orçamento público”,²⁴⁶ uma complicação não somente orçamentária/financeira, mas também administrativa, como verifica-se no exemplo abaixo.

Foi proposta na comarca de Lajeado, estado do Rio Grande do Sul, ação para o fornecimento de medicação que não é fornecida pelo Estado (processo nº Themis 017/1.15.0003042-7 – 2ª Vara Cível). Em sede de antecipação de tutela e na falta de medicação, foi liberado alvará para a parte autora no valor de R\$ 225.750,00 (duzentos e vinte e cinco mil, setecentos e cinquenta reais):

Vistos. 1. DENISE FÁTIMA ENGER, qualificada, propõe a presente ação ordinária com pedido de antecipação de tutela, em desfavor de ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, alegando que é portador de grave enfermidade consistente em Cirrose causada pelo vírus da Hepatite C (VHC-Genótipo 1), doença identificada pelo Código Internacional de Doença CID's 10 K74.6 e B 18.2, devendo fazer uso do medicamento SOFOSBUVIR 400MG + LEDIPASVIR 90MG (HARVONI 400/90MG). [...] **Assim, requer, em sede de tutela antecipada, seja intimado o Estado do Rio Grande do Sul, para que forneça o medicamento à autora, no prazo de 05 dias, na ordem de 01 comprimido por dia, pelo prazo de 03 meses, ou disponibilize a quantia correspondente ao total da medicação postulada no montante de R\$ 225.750,00 (duzentos e vinte e cinco mil, setecentos e cinquenta reais). [...] Decido. Inicialmente, a fim de evitar maiores danos a parte, bem como pela gravidade da situação posta, dispense a perícia prévia, tendo em vista que o deferimento de prova pericial neste momento processual, postergaria o sofrimento da autora, o que poderá ser deferimento em momento oportuno, se for necessário. [...] Outrossim, embora o requerido alegue que a medicação postulada não se encontra relacionada entre aquelas cujo fornecimento lhe compete ou mesmo que o SUS ainda não distribui, este juízo entende, assim como a majoritária jurisprudência, que o Estado é solidariamente responsável pelo fornecimento de medicamentos aos que efetivamente necessitam e não dispõem de meios para adquiri-los, nos termos dispostos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 [...]. (Grifo meu).**

Da decisão de antecipação de tutela foi interposto, perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o agravo de instrumento 70065325862, julgado em 23 de setembro de 2015, cuja emenda é a seguinte:

²⁴⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 199.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. EXISTÊNCIA DE CONTRATAÇÃO DE PLANO DE SAÚDE PRIVADO. RESPONSABILIDADE DA OPERADORA (UNIMED). ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ENTE PÚBLICO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. GRATUIDADE JUDICIÁRIA MANTIDA. **Em que pese a saúde seja direito de todos e dever do Estado, no caso concreto a autora tem à sua disposição plano de saúde privado. Importante referir que a operadora de plano de saúde recebe contraprestação da parte autora, não sendo razoável exigir do Estado o custeio dos fármacos indicados na inicial. Estando a agravada coberta por vínculo contratual de plano de saúde privado, compete a este o fornecimento do tratamento, sendo o ente público parte ilegítima para responder à presente ação,** tendo em vista que o art. 199 da Constituição Federal dispõe que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, sendo vedada a destinação de recursos públicos para auxílios às instituições privadas. Gratuidade judiciária mantida à parte agravada. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO (Agravado de Instrumento Nº 70065325862, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, Julgado em 23/09/2015). (Grifo meu).

Em face dessa decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 1º de outubro de 2015 o juízo de primeiro grau proferiu o seguinte despacho:

VISTOS. [...] Outrossim, prejudicado o pedido de devolução de eventuais valores não utilizados pela autora, uma vez que às fls. 123/125 sobreveio informação de que houve a aquisição dos medicamentos. Quanto ao pedido de devolução dos medicamentos já adquiridos, na medida em que estes se encontram retidos pela Receita Estadual em razão da pendência de recolhimento de ICMS, poderá o ente estadual proceder da forma que lhe for conveniente. [...]

Frente a esse relato, verifica-se que o Poder Judiciário compeliu o Executivo a despendar a quantia de R\$ 225.750,00 para uma medicação que não é fornecida pelo Estado. A aquisição do medicamento foi realizada e, pela extinção do feito, o Estado acabou por recolher o medicamento que, frisa-se, não consta na lista de distribuição. Aqui se demonstra a balbúrdia administrativa que tal intervenção nas funções estatais causou. Tal medicamento não constava na política pública de dispensação de medicamentos e, considerada a devolução desse, para que o Estado não fosse acusado de desídia na utilização dos recursos públicos deveria destacar equipe para selecionar paciente que pudesse fazer uso de tal fármaco. Por conta da decisão de um único caso, o Estado precisou direcionar força material para que os recursos públicos não fossem despendidos em vão, correndo o risco de o gestor ser penalizado por não ter realizado a distribuição do remédio.

Sobre eventual penalização do Administrador Público, esta será estudada no próximo item.

3.4 Ativismo e os gestores públicos

As políticas públicas são capitaneadas por gestores públicos, o que motiva o estudo do impacto do ativismo judicial para esses. Como por diversas vezes explicitado ao longo deste trabalho, as políticas públicas são uma atividade complexa, que envolvem um sem número de pessoas, liderada pelos gestores públicos. De tal forma, os principais impactados pelo ativismo judicial são os gestores, que tomam a frente.

Os gestores são os responsáveis por remediar dentro do serviço público os impactos do ativismo, intervenção que causa – conforme item anterior – desordem administrativa financeira e que deixa os gestores, por óbvio, sem possibilidade de gerir a máquina estatal de acordo com a responsabilidade a eles atribuída, estando, por tal motivo, sujeitos a responsabilidades inerentes ao cargo.

Exemplo disso está na reportagem realizada pelo jornal *Zero Hora* intitulada *Os prefeitos gaúchos que não veem a hora de virarem ex-prefeitos*, da qual se extrai o seguinte excerto:

Mas o planejamento não depende somente do gestor. Não raro chegam ao gabinete dos prefeitos ordens judiciais, levando parte dos recursos livres do município. Se alguém precisa fazer uma cirurgia, a Justiça me dá 10 horas para internar. Isso sob pena de multa diária para o gestor, que chega a R\$ 10 mil, do dinheiro particular. E tu vai fazer o que se o juiz determina o sequestro de R\$ 100 mil para fazer uma cirurgia? Aí as contas não fecham, e é como se tu foste um mau administrador. Mas o Judiciário não se comunica. O Tribunal de Contas diz que, pela lei, eu não posso gastar mais do que se arrecada, mas a Justiça me faz gastar mais do que posso. Tenho limite de gasto com funcionário, mas a Justiça manda eu colocar mais professores. Quem administra hoje são promotores e juízes. O planejamento hoje é feito no dia a dia com as determinações judiciais que chegam até a minha mesa – crítica.²⁴⁷

A administração por um “juiz-gestor” acarreta o redirecionamento da atividade estatal para outras funções não determinadas inicialmente, podendo acarretar eventual não cumprimento de outra política pública, sendo consequência disso uma nova ação judicial. A responsabilização do gestor em tal caso é devidamente destacada por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, ocorrendo quando

²⁴⁷ SCIREA, Bruna. **Os prefeitos gaúchos que não veem a hora de virarem ex-prefeitos**. Jornal Zero Hora, Porto Alegre, 8 out. 2016. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/politica/noticia/2016/10/os-prefeitos-gauchos-que-nao-veem-a-hora-de-virarem-ex-prefeitos-7703398.html>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

[...] por desídia ou má gestão da coisa pública, não é capaz de implementar ou fiscalizar a política pública necessária ao exercício do direito social. Assim o direito poderá ser exigido judicialmente e o administrador responsabilizado pela omissão.²⁴⁸

O que muitos autores²⁴⁹ comentam sobre o gestor deixar de utilizar recursos para transportes e manutenção de ruas/rodovias e aplicá-los em saúde também não é válido. Ao seguir o entendimento de alguns juristas, o gestor público pode, por exemplo, ser objeto de um Inquérito Civil por parte do Ministério Público²⁵⁰ por falta de manutenção, pois prejudica a segurança da população que transita pela região afetada.²⁵¹

O ativismo que retira recursos de outras funções orçamentárias tem como consequência, como dito, a diminuição de aplicação de valores nas demais obrigações do Estado. Constrói-se um exemplo tal se vislumbrar a situação. Em uma decisão ativista, um governante é obrigado a fornecer vaga em creche para determinado infante da zona rural, pela inexistência de estabelecimento escolar no local. Caso descumpra a decisão, poderá sofrer persecução penal

²⁴⁸ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 115.

²⁴⁹ Nessa linha KRELL, Andreas Joaquim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p.53.

²⁵⁰ Como, por exemplo, em:

ROMAIS, Célio. **Fiscalização permanente do tráfego de caminhões na Estrada do Conde já está em funcionamento**. Rio Grande do Sul. Ministério Público. 4 out. 2005. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/noticias/5291/>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

SIGAMAIS. **Ministério Público instaura inquérito civil para apurar condições da “Plácido Rocha”**. 16 maio 2016. Disponível em: <<http://www.sigamais.com/noticias/transito/ministerio-publico-instaura-inquerito-civil-para-apurar-condicoes-da-placido-rocha/>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

FOLHA DO ACRE. **Falta de luz nas estradas do Aeroporto e Quinari força MPE abrir inquérito civil**. 14 mar. 2017. Disponível em: <<https://folhadoacre.com.br/geral/falta-de-luz-nas-estradas-aeroporto-e-quinari-forca-mpe-abrir-inquerito-civil/>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

180 GRAUS. **MP-PI abre inquérito civil para apurar a situação precária de rodovia no estado**. 5 mar. 2017. Disponível em: <<http://180graus.com/geral/mp-abre-inquerito-civil-sobre-situacao-precaria-da-pi331-que-liga-boqueirao-a-br343>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

Cita-se também o caso da Suspensão de Tutela Antecipada 113: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso **Suspensão de Tutela Antecipada nº 113**, Relator Min. Gilmar Mendes, vice-presidente no exercício da presidência, Brasília, DF, 22 de março de 2007. Data da publicação: 09 de abril de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2492200>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

²⁵¹ Cita-se, como exemplo, as aberturas dos seguintes inquéritos civis: (i) Tipo de procedimento: Procedimento Preparatório. Nº do procedimento: 00725.00022/2017. Promotoria de Justiça: Promotoria de Justiça de Bom Jesus. Promotor(a) de Justiça responsável: Bianca Acioly de Araujo. Classificação: Designação Excepcional – Bianca Acioly de Araujo. Objeto: apurar noticiada omissão da Administração Municipal de Bom Jesus em relação aos serviços de manutenção e conservação da estrada municipal de acesso à localidade de Mangueira Nova, interior do Município de Bom Jesus. Investigado(s): Município de Bom Jesus. Local do fato: Bom Jesus. Rio Grande do Sul. (MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL. Procuradoria-Geral de Justiça. **Diário Oficial do Ministério Público**. Edição nº 2259. 8 nov. 2017. p. 7. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/media/areas/de/arquivos/demp-08-11-2017.pdf>>. Acesso em: 8 nov. 2017). (ii) Tipo de procedimento: Inquérito Civil. Nº do procedimento: 01756.000.081/2017. Promotoria de Justiça: Promotoria de Justiça de Encruzilhada do Sul. Promotor(a) de Justiça responsável: Diogo Hendges. Classificação: Promotor de Justiça da Promotoria de Justiça de Encruzilhada do Sul. Objeto: apurar possíveis irregularidades decorrentes da falta de professores na escola Cassiano José Moralles e da precariedade das estradas que dão acesso à referida escola. Investigado(s): Não informado. Local do fato: Encruzilhada do Sul. (MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL, op. cit., p. 5).

por desobediência. Assim, fica o gestor com duas opções: constrói uma creche ou contrata transporte escolar para a criança. A primeira opção seria por demais custosa para uma só criança, sendo a segunda opção a mais óbvia – a contratação de serviços de transporte escolar. Porém, para tal, é necessário investimento em estradas, pois se não houver condições de trafegabilidade, poderá ser investigado pelo Ministério Público por conta da falta de manutenção da estrada. Logo, afirmar que os recursos devem ser investidos em saúde, educação e segurança e menos em estradas não é cabível, pois não somente uma via em bom estado de conservação traz mais segurança ao cidadão (o que é um direito fundamental), mas também pode ser uma necessidade para que se garantam outros direitos fundamentais.

Ainda no âmbito do direito fundamental à educação, como poderia proceder o gestor que é compelido a contratar professores²⁵² estando acima do limite legal para as despesas de pessoal? De acordo com a Lei Complementar nº 101/00, o ente que ultrapassar o limite de despesas de pessoal e não retornar para o limite no prazo estabelecido no normativo terá diversas penalidades, como a proibição de receber transferências voluntárias – o que, para os municípios, é muito importante.²⁵³

Outro aspecto que suscita discussão doutrinária acerca da possibilidade de existir ativismo judicial é a aplicação dos recursos estatais no pagamento de juros da dívida e não em direitos fundamentais. Os que baseiam seus entendimentos nesse aspecto talvez desconheçam os motivos das dívidas. Retornando ao exemplo do primeiro capítulo: a necessidade de construção de um hospital. Se o governante decidir realizar um empréstimo para tal, deverá pagar juros (sob pena até do locupletamento da Administração Pública). Os juros serão pagos, assumidos pelo Poder Público, para que se possa efetuar um investimento no direito fundamental à saúde. Assim, deixar de quitar empréstimo ou pagar juros prejudicará empréstimos futuros e, por tabela, os próprios direitos fundamentais.²⁵⁴

²⁵² SIQUEIRA, Chico. **TJ-SP obriga governo estadual a contratar professores de Libras**. Estadão. São Paulo, 10 maio 2012. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,tj-sp-obriga-governo-estadual-a-contratar-professores-de-libras,871371>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

²⁵³ “Art. 23. Se a despesa total com pessoal, do Poder ou órgão referido no art. 20, ultrapassar os limites definidos no mesmo artigo, sem prejuízo das medidas previstas no art. 22, o percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro, adotando-se, entre outras, as providências previstas nos § 3º e 4º do art. 169 da Constituição. [...] § 3º Não alcançada a redução no prazo estabelecido, e enquanto perdurar o excesso, o ente não poderá: I – receber transferências voluntárias [...]”

²⁵⁴ Toma-se como regra que os empréstimos irão ser empregados em despesas de capital (investimentos), ressalvado o disposto constitucionalmente: “Art. 167. São vedados: [...] III – a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta”.

O Estado do Rio Grande do Sul, nos termos da Lei Estadual nº 12.069, de 22 de abril de 2004, pode utilizar 95% (noventa e cinco inteiros) dos valores constantes na conta de depósitos judiciais, mas sob os valores utilizados deverá repassar, diariamente, os valores dos rendimentos dos depósitos utilizados. Tais valores não deixam de ser uma espécie de empréstimo, no qual deverá ser pago o valor utilizado (principal) e os rendimentos relativos a este (juros). Se os valores dos rendimentos não forem pagos, está sujeito o Administrador Público a imputação de crime de responsabilidade. Aqui, de acordo com o Conselheiro Algir Lorenzon, do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, o julgamento das Contas de Governo do ano de 2014 estabeleceu que a utilização de tais recursos foi utilizada para o custeio de direitos fundamentais, nos seguintes termos:

Aqui está, também, então, uma parte relacionada com aquilo que eu disse, que muito ou grande parte dos recursos aplicados, retirados de uma ou de outra forma do SIAC, dos depósitos judiciais, se transferiu para o pagamento desses reajustes dos ativos, inativos, pensionistas, lógico que pagamento dos precatórios e **aplicação na saúde, aplicação da educação**, entre outros. (Grifo meu).²⁵⁵

Outra consequência do não pagamento da dívida é a possibilidade de intervenção federal e estadual. O art. 34, V, alínea “a” é claro em estabelecer que, salvo motivo de força maior, a União poderá intervir nos Estados caso estes não paguem a dívida fundada²⁵⁶ por mais de dois anos consecutivos; e o art. 35, I, tem a mesma possibilidade para a intervenção dos Estados nos Municípios.

O maior impacto para o gestor público é a possível responsabilidade por realizar uma despesa pública sem os devidos procedimentos legais. Para que ocorra uma despesa pública, é necessário o prévio empenho (art. 60, *caput*, da Lei 4.320/64). Valores bloqueados/sequestrados são uma despesa pública, despesa de caráter interventivo do Poder Judiciário, em que não há empenho prévio. Nesse caso, a responsabilização não recai para o magistrado que ordenou o bloqueio, mas ao gestor que teve os valores sob a sua gerência usurpados pelo Poder Judiciário.

Os pagamentos sem prévio empenho, registrados no Ativo Circulante/Outros Créditos a Receber e Valores a Curto Prazo, nas contas Responsáveis e Devedores, ocorrem em desacordo com o ordenamento jurídico estabelecido na Lei nº 4.320/1964 e no inciso II do artigo 167 da Constituição Federal.

²⁵⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas. **Contas de Governo do ano de 2014 nº 003531-0200/14-0**, Tribunal Pleno, Conselheiro Algir Lorenzon, Porto Alegre, RS, 29 de julho de 2015. Disponível em: <https://portal.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/processos_detalhes?p_processo=35310200140>. Acesso em: 6 dez. 2017.

²⁵⁶ Dívida fundada de acordo com a lei nº 4320, de 17 de março de 1964, art. 98, “compreende os compromissos de exigibilidade superior a doze meses, contraídos para atender a desequilíbrio orçamentário ou a financeiro de obras e serviços públicos” (BRASIL. **Lei nº 4320**, de 17 de março de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L4320.htm>. Acesso em 5 fev. 2018).

[...]

Dentre os principais Ordenadores de Despesas, destacam-se: a) o Secretário Estadual da Fazenda, devido aos sequestros de valores de contas bancárias do Estado, efetuados por ordem judicial, relativos às RPVs; b) o Secretário Estadual da Saúde, devido aos bloqueios judiciais da saúde, relativos à aquisição de medicamentos e à realização de procedimentos médicos, que o Estado teve que satisfazer por determinação judicial.²⁵⁷

In casu, a responsabilidade é imputada ao Secretário de Estado da Fazenda e ao Secretário de Estado da Saúde, sem que tais gestores tenham dado causa às despesas sem empenho. Poderá haver penalização sem que tenha o gestor controle sobre tais gastos, controle este exercido pelo Judiciário.

Assim, no ativismo não somente as políticas públicas são atingidas, mas também os gestores. Os vieses do impacto do ativismo podem ser positivos, como a necessidade de se buscar a gestão eficiente da máquina pública – com o fito não somente de proteger os direitos fundamentais de seus administrados, mas também de evitar qualquer tipo de responsabilização. A finalidade da existência de responsabilização dos gestores é que não se tenha maus gestores, mas gestores probos. Todavia, o ativismo, em seu impacto negativo, atinge tanto os maus quanto os bons Administradores Públicos – e estes últimos são penalizados pela gestão eficiente nas escolhas, mas que por conta da escassez não podem garantir os direitos fundamentais ao povo.

²⁵⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas. **Relatório e parecer prévio sobre as contas do governador do estado – Exercício de 2014**. 2014. p. 44-46. Disponível em: <http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/contas_estaduais/contas_governador/pp_2014.pdf>. Acesso em: 6 dez. 2017.

CONCLUSÃO

A discussão sobre o ativismo judicial não é recente. Apesar de a denominação ter sido cunhada em 1947, pode-se afirmar que a intervenção do Judiciário nas demais esferas de Poder, invalidando atos e leis e inovando o ordenamento jurídico por meio de interpretações, é bem mais antiga. O nome “ativismo judicial” veio para cunhar um comportamento dos magistrados e dos tribunais, caracterizado por diversas formas pela doutrina. Com efeito, não há um consenso entre os autores que tratam do tema quanto ao conceito de ativismo judicial e em relação às suas características; entretanto, a maioria o identifica através de situações de invasão às competências dos demais Poderes e de desrespeito aos precedentes. Apesar de surgir no *commom law*, o ativismo é encontrado também em sistemas jurídicos da *civil law*. Isso faz com que tais comportamentos tenham alcance mundial e que ocorra, em cada país, a participação intensa dos tribunais na sociedade, ora em um ativismo mais “colaborativo”, ora simplesmente como uma atuação sem qualquer deferência aos demais Poderes.

A ascensão de “caráter mundial” do Judiciário deve-se a descrença social com relação aos demais Poderes. O Executivo já foi o protagonista do Estado; depois, o sistema foi legicêntrico. A teoria positivista, então em voga e acusada de gerar consequência nefasta (sustentou o levante nazista na Alemanha), deu lugar a um pensamento mais valorativo do Direito (é, por exemplo, o caso do jurista Gustav Radbruch, que mudou o seu pensar de maneira drástica em virtude dos referidos acontecimentos), que resultou no neoconstitucionalismo. O instituto provocou grandes transformações, que não somente revolucionaram o estudo do Direito Constitucional, mas também impactaram as relações sociais. É identificado, sobretudo, pela consagração da força normativa da Constituição, pelo que se conferiu a esse diploma um lugar central no ordenamento jurídico, e a garantia constitucional dos direitos fundamentais. Assim, a Constituição “passou a ter vida própria”, a ser autoaplicável e a irradiar seus efeitos para todos os ramos do Direito, isto é, para todas as relações jurídicas, públicas ou particulares. Trata-se de um contraponto às Constituições existentes até então, tidas como meras “cartas de intenções”.

Da maior efetividade das Cartas Magnas decorreram o enaltecimento dos princípios e dos valores contidos na Lei Maior e a prescindibilidade de regulamentação infraconstitucional para dotar de eficácia os direitos fundamentais. De fato, no sistema jurídico das Nações, eles passaram a ser garantidos diretamente pela Constituição. E, nessa linha, o Estado Constitucional deixou de garantir somente prestações negativas, mas também passou a prestar assistência

através de atos comissivos. A Constituição ganhou força e concedeu poder à sociedade, conferindo-lhe meios para uma atuação mais ativa.

No Brasil não foi diferente. A Constituição Federal de 1988, após um longo período ditatorial, previu, desde a sua redação originária, um extensivo rol de direitos fundamentais, buscando reparar e evitar todos os malefícios do regime de outrora.

Essa previsão extensiva de direitos, conjugada com a escassez de recursos estatais para o cumprimento da Constituição, impactou diretamente a relação entre Estado *versus* Sociedade. O conhecimento dos direitos pela população e a falta de prestação estatal resultaram no fenômeno da judicialização da política. A cada dia mais pessoas litigam contra o Estado buscando a efetividade de seus direitos fundamentais, tendo em vista a omissão ou a ineficácia das políticas públicas.

É bem verdade que as políticas públicas, como instrumento de implementação dos direitos fundamentais, devem ser geridas com eficácia. A tarefa, entretanto, não é simples. As políticas públicas são fruto de uma complexidade de atividades, interesses e participantes, os governamentais e os da sociedade em geral. Entre os governamentais, predomina a atuação daqueles que foram legitimamente eleitos para tal. Não se está afastando da análise do Poder Judiciário os atos realizados pelos demais Poderes, mas deve essa análise se revestir de deferência ao trabalho desenvolvido.

Deveras, se as políticas públicas se prestam à efetivação da Constituição, é natural que as Cortes, que a protegem, sejam eventualmente instadas a participar desse processo. Trata-se apenas da expressão da cidadania. A censura doutrinária refere-se aos casos em que juízes tomam decisões que exorbitam suas funções, usurpando as dos demais Poderes.

Sentenciar que o administrador está em falta para com os seus administrados e o compelir à entrega de produtos e serviços não resolve “o” problema social, somente “um” problema social. Enquanto o mundo do Poder Judiciário é o dos processos, o mundo dos outros dois Poderes é o do convívio com a sociedade como um todo (não somente com os que buscam a solução para os litígios).

É necessário que se entenda que em nenhum momento o Estado conseguirá prestar tudo o que a sociedade deseja. A infinidade de reclames sociais é maior do que as condições possíveis. Além disso, é inevitável que as demandas acabem colidindo umas com as outras, em face da pluralidade inerente à sociedade. O princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser visto como um super-herói que tem condições de suprir todos os anseios da população. O chavão “com base no princípio da dignidade da pessoa humana”, constante em inúmeros julgados, não faz surgir recursos humanos, técnicos e econômicos para que todos possam ter

seus mais variados direitos resguardados. É preciso se considerar as estruturas para a prestação dos direitos, em especial os que demandam atuação proativa do Poder Público.

Entender que o Estado é infinito e distribuir ordens judiciais sem avaliar as possibilidades para a sua execução é ativismo, além de resumir o Judiciário a um mundo de gabinetes e processos. Na mesma linha, obrigar o gestor, por meio de decisões judiciais, a praticar determinadas ações, significa realizar despesas e se envolver com a gestão pública, sem, contudo, incorrer nos correspondentes ônus, como a responsabilização (de natureza objetiva, diga-se) pela administração de dinheiro, bens e valores públicos, nos termos do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, e a dificuldade de lidar com a insatisfação daqueles que deixarão de ser atendidos em detrimento dos beneficiados pela ordem judicial. Então, a alegação de que a execução de políticas públicas não é atividade judiciária, sendo a função do administrador gerir a coisa pública, é equivocada, pois ao exarar ordens obrigando o gestor a realizar determinadas ações, está o Judiciário, sim, incorrendo em despesas, envolvendo-se na gestão.

Acontecendo uma omissão estatal (seja parcial ou total), e judicializada a matéria, é obrigatória uma avaliação sobre os motivos que a ensejaram. É necessário que os magistrados compreendam que realizar escolhas públicas é de extrema complexidade. As “escolhas trágicas” dos gestores públicos possuem uma dimensão muito maior em relação às que eventualmente são realizadas por um magistrado. As decisões judiciais impactam, quase na sua totalidade, apenas a vida das pessoas que escolheram a via do litígio. Por outro lado, as “escolhas trágicas” administrativas alcançam a coletividade como um todo. Salvo algumas exceções, as decisões de gestão pública não possuem nome e endereço determinado, mas sim diversas faces, raças, credos e expectativas. A consequência dos atos dos juízes não acaba batendo às portas do Judiciário, mas as decisões no Poder Executivo sempre repercutem nos administradores que as tomaram.

E a medida que a sociedade deixa de ser ouvida para que sejam satisfeitas demandas individuais, surge o desequilíbrio administrativo, o qual exige do Poder Executivo, principalmente, que se estruture para executar não apenas as políticas públicas por ele desenvolvidas, mas também para executar as ordens de políticas públicas determinadas pelo Judiciário. O efeito pode ser inclusive uma ausência de gestão financeira. Exemplo é a deturpação do uso dos bloqueios/sequestros judiciais que, constitucionalmente, deveriam ser utilizados somente para o caso de não pagamento de precatórios ou requisições de pequeno valor, acarretando a perda do controle do fluxo de caixa estatal. O valor previsto para o pagamento das despesas do dia poderá não existir. A necessidade de realocação orçamentária e

de regularização das despesas “realizadas pelo Judiciário” traz dificuldades ao gestor. Os meios de execução das políticas públicas acabam sendo utilizados pelo Judiciário, e o gestor, assim, perde a autonomia de seus próprios instrumentos e insumos de trabalho, sujeitando-se, ainda, à responsabilização e à penalização.

Mesmo um eventual efeito indutor de políticas públicas (quando o gestor altera as políticas públicas, consideradas as decisões judiciais), sustentado por defensores do ativismo, não justifica a interferência indevida do Poder Judiciário, pois tal benefício pode não acontecer. Isso ocorre porque, conforme já exaustivamente referido, é provável que outra política pública deixe de ser implementada em detrimento daquela eleita pelo Judiciário como a mais importante. Ademais, o pagamento de custas processuais e honorários advocatícios (sem falar no custo de toda a máquina judiciária, financiado em grande parte com os repasses do Poder Executivo) certamente gera antieconomicidade na efetivação dos direitos do ponto de vista orçamentário.

Não se está defendendo que toda e qualquer decisão que envolva políticas públicas seja ativista, pois se correria o risco de afirmar que os atos dos demais Poderes seriam insindicáveis. Compactua-se com a ideia de que algumas matérias possam sim ser alvo de controle por parte do Poder Judiciário (exemplifica-se com o mínimo constitucional de investimento em educação e saúde, em relação aos quais não há margem de discricionariedade para o gestor: deve inevitavelmente ser cumprido). Assim, como visto no constitucionalismo adequado, não pode existir um exercício proativo e expansivo do Poder Judiciário para as funções dos outros Poderes, mas não pode o Judiciário ser uma figura passiva e alheia.

Entretanto, diante da perspectiva de que as demandas são infinitas, e os recursos, limitados, é importante que se resguarde a autonomia do Poder Executivo em eleger aquelas que serão priorizadas. Afinal, seus gestores são escolhidos pelo povo, verdadeiro detentor do poder (art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal), justamente para exercer essa atividade. Não se cogita desrespeito à Constituição, por ineficácia dos direitos fundamentais: trata-se de harmonizar os dispositivos respectivos com os que estabelecem a separação dos poderes e a democracia. Apoiar-se uma leitura “sustentável” da própria Carta, evitando que, na ânsia de efetivá-la integralmente e de forma imediata, ocorra exatamente o efeito contrário, decorrente da má-gestão ocasionada pela ação descoordenada de diversos Poderes, inclusive dos que não foram investidos dessa função.

Isso tudo permite dizer que as relações entre ativismo judicial e políticas públicas são sempre tensionais. As consequências dos impactos do primeiro sob o segundo não nos permitem vislumbrar benefícios, não se podendo falar em relações complementares. Mesmo as pretensas

colaborações do ativismo em alterar as políticas públicas não são complementares, como visto, visam a diminuir a litigância.

Diante disso, apesar de o ativismo ser considerado pela doutrina em muitas oportunidades como importante para o exercício e manutenção dos direitos fundamentais da população, seus efeitos deletérios como a violação de tantos outros dispositivos constitucionais, inclusive relacionados à própria existência de um Estado Social e Democrático de Direito, a insegurança jurídica, o descontrole financeiro do Estado, a antieconomicidade e a negligência ao coletivo, para citar alguns exemplos, permitem que se chegue à seguinte conclusão: não existe ativismo bom para as políticas públicas; esse sempre é ruim.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

180 GRAUS. **MP-PI abre inquérito civil para apurar a situação precária de rodovia no estado**. 5 mar. 2017. Disponível em: <<http://180graus.com/geral/mp-abre-inquerito-civil-sobre-situacao-precaria-da-pi331-que-liga-boqueirao-a-br343>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALBUQUERQUE, Claudiano Manoel; MEDEIROS, Márcio Bastos; SILVA, Paulo Henrique da. **Gestão de finanças públicas**. Volume I. 3. ed. Brasília: Editora Gestão Pública, 2013.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. de Luís Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Trad. de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. (Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, nº 28).

_____, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva da 5ª Ed. alemã. 2ª ed. 5ª tir. Malheiros. São Paulo, 2017. Nome original: Theorie der Grundrechte.

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

_____, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre Poderes. In: MELLO, Celso de Albuquerque et al. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____, Gustavo. MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. rev. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ARAÚJO, Eugênio Rosa de. **Economia & justiça: ativismo judicial na política monetária**. Niterói, RJ: Ímpetus, 2012.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, p. 1-19, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/neoconstitucionalismo-entre-a-ciencia-do-direito-e-o-direito-da-ciencia>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

- BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Dólar americano**. 2017. Disponível em: <<http://www4.bcb.gov.br/pec/taxas/batch/taxas.asp?id=txdolar>>. Acesso em: 1 set. 2017.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. rev. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. _____ (Syn)thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 25 jul. 2016.
- BASTOS, Elísio Augusto Velloso. A importância da cidadania na definição e implementação de políticas públicas. In: MORAES, Alexandre de; KIM, Richard Pae. **Cidadania: o novo conceito jurídico e a sua relação com os direitos fundamentais individuais e coletivos**. São Paulo: Atlas, 2014.
- BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y constitución. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. - São Paulo: Saraiva, 2006.
- BERLATSKY, Noah. **Judicial activism (opposing viewpoints)**. Farmington Hills: Greenhaven Press, 2011.
- BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional das políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013.
- BITENCOURT NETO, Eurico. **Mandado de Injunção na tutela de direitos sociais**. Salvador: Juspoivm, 2009.
- BLACK'S LAW DICTIONARY. Ninth Edition. St. Paul: Tomson Reuters, 2009.
- BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. **Garantia de direitos e separação de Poderes**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2017.
- BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL. **Constituição**. 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 fev. 2018.

_____. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm>. Acesso em 5 fev. 2018.

_____. **Emenda Constitucional nº 31**, de 14 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc31.htm>. Acesso em: 5 fev. 2018.

_____. **Lei Complementar nº 101**, de 4 de maio de 2000a. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em 8 jan. 2018.

_____. **Lei Federal nº 9.534**, de 10 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19534.htm>. Acesso em: 5 fev. 2018.

_____. **Lei nº 4320**, de 17 de março de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L4320.htm>. Acesso em 5 fev. 2018.

_____. Ministério da Fazenda. Receita Federal. **IRPF (Imposto sobre a renda das pessoas físicas)**. 2017. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/aceso-rapido/tributos/irpf-imposto-de-renda-pessoa-fisica>>. Acesso em: 17 set. 2017.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social. **Benefícios**. 2017. Disponível em: <<http://mds.gov.br/assuntos/bolsa-familia/o-que-e/beneficios>>. Acesso em: 1 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986729>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45**, Tribunal Pleno, Relator Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 29 de abril de 2004. Data da publicação: 4 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>>. Acesso em: 6 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**, Tribunal Pleno, Relator Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, 12 de abril de 2012. Data da publicação: 30 de abril de 2013. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>.
Acesso em: 6 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132**, Tribunal Pleno, Relator Min. Ayres Britto, Brasília, DF, 5 de maio de 2011. Data da publicação: 14 de outubro de 2011. Disponível em:
<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>>. Acesso em: 6 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.999**, Tribunal Pleno, Relator Min. Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 12 de novembro de 2008. Data da publicação: 17 de abril de 2009. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2584922>>.
Acesso em: 2 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Estatísticas do STF**. S/D. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuidoAnosAnteriores>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.078**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>.
Acesso em: 10 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2012. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>>.
Acesso em: 10 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança nº 26.602**, Tribunal Pleno, Relator Min. Eros Grau, Brasília, DF, 4 de outubro de 2007. Data da publicação: 17 de outubro de 2008. Disponível em:
<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2513855>>. Acesso em: 6 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 3.388**, Tribunal Pleno, Relator Min. Carlos Britto, Brasília, DF, 19 de março de 2009. Data da publicação: 25 de setembro de 2009, republicado em 1º de julho de 2010. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2288693>>.
Acesso em: 6 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 197.917**, Tribunal Pleno, Relator Min. Maurício Corrêa, DF, 6 de junho de 2002. Data da publicação: 7 de maio de 2004. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2288693>>.
Acesso em: 6 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 201.819**, Segunda Turma, Relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 11 de outubro de 2005. Data da publicação: 27 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1641534>>. Acesso em: 6 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 566.471**, Tribunal Pleno, Relator Min. Marco Aurélio, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2565078>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337**, Segunda Turma, decisão monocrática do Relator Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 21 de junho de 2011. Data da publicação: 29 de julho de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4063691>>. Acesso em: 6 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Suspensão de Tutela Antecipada nº 113**, Relator Min. Gilmar Mendes, vice-presidente no exercício da presidência, Brasília, DF, 22 de março de 2007. Data da publicação: 09 de abril de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2492200>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado Constitucional**: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

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

_____, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para um conceito jurídico das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BUSCATO, Marcela. **Médicos que aceitam refeição paga pela indústria farmacêutica prescrevem droga mais cara**. Revista Época, São Paulo, 20 jun. 2016. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/vida/noticia/2016/06/medicos-que-aceitam-refeicao-paga-pela-industria-farmaceutica-prescrevem-droga-mais-cara.html>>. Acesso em: 9 mar. 2017.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic choices**. New York: W.W. Norton & Company, 1978.

CAMPELLO, Ricardo Urquizas; BENINE, Renato Jaqueta. Políticas públicas: análises sobre as suas providências. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

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

CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; MATOS, Rômulo Richard Sales. Entre Cortes e Parlamentos: a “última palavra” sobre a interpretação da Constituição. In: CAMPOS, Juliane Cristine Diniz; MATOS, Rômulo Richard Sales. **Democracia e Jurisdição Constitucional: estudos de interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

_____, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CARVALHO, André Carlos. O impacto orçamentário da atuação do Poder Judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi do (Coord.). **Estado de Direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CASTRO, Carmem Lúcia Freitas de; AMABILE, Antônio Eduardo de Noronha; GONTIJO, Cynthia Rúbia Braga (Orgs.). **Dicionário de políticas públicas**. Barbacena: EdUEMG, 2012. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/13076>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

COSTA, Andrea Elias da. Estado de Direito e ativismo judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi do (Coord.). **Estado de Direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

COUTO, Cláudio Gonçalves. Política constitucional, política competitiva e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CRUZ, Gabriel Dias Maques da. Arguição de descumprimento de preceito fundamental, Estado de Direito e ativismo jurídico. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi do (Coord.). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CUESTA, Jose. Resource scarcity from an applied economic perspective. **Georgia Journal of International & Comparative Law**, Georgia, v. 42, n. 1, p. 11-34, 2013. Base de dados HeinOnline. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Welcome>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

CUNHA, Edite da Penha. Políticas públicas sociais. In: CARVALHO, Alysson. (Org.). **Políticas públicas**. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

DALL'OLIO, Leandro Luis dos S. Gestão financeiro-orçamentária: desafios para a efetividade do gasto público. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 3, p. 293-297, mar. 2014.

DECLARAÇÃO dos direitos do homem e do cidadão de 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em 28 nov. 2017.

DERANI, Cristiane. Política pública e a norma política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIAS, João Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodvm, 2016.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas públicas: princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Atlas, 2012.

DIEESE - Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **Pesquisa nacional da Cesta Básica de Alimentos: Salário mínimo nominal e necessário**. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>>. Acesso em: 17 set. 2017.

DIMOULIS, Dimitri. A introdução do controle de constitucionalidade difuso na Grécia. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 1, p. 213-223, jan./jun. 2003. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/32>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

_____, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

DOMINGUES, José Marcos. Atividade financeira e direitos sociais. In: QUEIROZ, Luís Cesar Souza de; GOMES, Marcus Lívio. **Finanças públicas, tributação e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2015.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DYE, Thomas D. **Understanding Public Policy**. 13 ed. Boston (etc.): Longman, 2011.

ENAFAM. Seminário – O Poder Judiciário e o novo Código de Processo Civil.

Enunciados aprovados. Brasília, 26-28 ago. 2015. Disponível em:

<<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 7 jan. 2017.

FAZIO, César Cipriano de. Panorama sobre o ativismo judicial e a judicialização da política no Direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 939, p. 109-126, jan. 2014.

FERNANDES, Stanley Botti. Estado de Direito e ativismo judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi do (Coord.). **Estado de Direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.).

Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

FOLHA DO ACRE. **Falta de luz nas estradas do Aeroporto e Quinari força MPE abrir inquérito civil**. 14 mar. 2017. Disponível em: <<https://folhadoacre.com.br/geral/falta-de-luz-nas-estradas-aeroporto-e-quinari-forca-mpe-abrir-inquerito-civil/>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

FONTAINE, Guillaume. **El análisis de políticas públicas: conceptos, teorías y métodos**. Barcelona: Anthropos Editorial; Quito: FLACSO, 2015.

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

FRANKENBERG, Günter. Democracy. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, Andrés. **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. **Planejamento e Políticas Públicas**, Brasília, n. 21, p. 211-259, jun. 2000. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/89>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

FUX, Luis. **Depoimento ao projeto “Faculdade de Direito da UERJ - 70 anos de história e memória”**. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em:
<<http://www.direitouerj.org.br/2005/fdir70/depLF.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GALE ENCYCLOPEDIA of American Law: v. 14. **Dictionary of legal terms**. 3. ed. Farmington Hills: Gale, 2010.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Entre Kelsen e Hércules: uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi do (Coord.). **Estado de Direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GARCIA, Roberto Soares. Cumprimento de pena depois do julgamento de apelação. **Revista Brasileira de Advocacia**, v. 3, p. 75-85, out./dez. 2016.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GREEN, Lorraine; CLARKE, Karen. **Social policy for social work**: placing social work in its wider context. Cambridge: Polity Press, 2016.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Trad. de Raúl Sanz Burgos e José Luis Mufioz de Baena Simón. Madrid: Editorial Trotta, 2006. (Título original: Die Zukunft der Verfassung).

GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. (Título original: Die Normative Kraft der Verfassung).

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**: The origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

HUBIN, Donald C. Scarcity and the demands of Justice. **Capital University Law Review**, v. 18, p. 185-199, 1989. Base de dados HeinOnline. Disponível em:
<<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/capulr18&div=19&id=&page=>>>. Acesso em: 5 fev. 2017.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Projeção da população das unidades da Federação por sexo e idade: 2000-2030.** 2013.
<https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/projecao_da_populacao/2013/default.shtm>. Acesso em: 29 nov. 2017.

_____. **Sinopse do censo demográfico 2010 – Brasil.** 2010. Disponível em:
<<https://censo2010.ibge.gov.br/sinopse/index.php?dados=8>>. Acesso em: 6 fev. 2018.

IGREJA CATÓLICA. Papa (1878-1903: Leão XIII). **Carta encíclica Rerum Novarum:** a todos os nossos veneráveis irmãos, os patriarcas, primazes, arcebispos e bispos do orbe católico, em graça e comunhão com a sé apostólica sobre a condição dos operários. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 21 set. 2017.

JAIME, Fernando Martín Jaime et al. **Introducción al análisis de políticas públicas.** Florencio Varela: Universidad Nacional Arturo Jauretche, 2013.

KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional). **Revista Direito Público**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 90-130, jul./set. 2003.

_____, Hans. **Jurisdição constitucional.** São Paulo: Martins Pontes, 2003.

KENNETT, Patricia. **Governance, globalization and public policy.** Cheltenham: Edward Elgar, 2008.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of “judicial activism”. **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, out. 2004.

KOMMERS, Donald P. **The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany.** 2. ed. rev. exp. Durham: Duke University Press, 1997.

KRELL, Andreas Joaquim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha:** os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial:** a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade. 2. ed. ver. e atual. Curitiba: Juruá, 2016.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. **Judicialização e ativismo judicial:** o Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais Poderes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

LEAL, Rogério Gesta. As responsabilidades políticas do ativismo judicial: aspectos teórico-práticos da experiência norte-americana e brasileira. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônica Clarissa Hennig. **Ativismo judicial e déficits democráticos:** algumas experiências latino-americanas e europeias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

LERNER, Daniel; LASWELL, Harold D. **The policy sciences: recent developments in scope and method**. Stanford: Stanford University Press, 1951.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014.

LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. **Measuring judicial activism**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficácia administrativa e ativismo judicial: escolhas orçamentárias, políticas públicas e o mínimo existencial social**. Curitiba: Íthala, 2015.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do Direito**. Trad. de Rachei Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. (Título original: *Analyse économique du droit*).

MALLET, Estêvão; FAVA, Marcos. Comentário ao artigo 7º, inciso VIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. University of Colorado. **Law Review**, Colorado, v. 73, n. 4, p. 1217-1256, 2002.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAURÍCIO JR., Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 311 p.

MEDINA, Damares. **Ativismo e protagonismo do STF em 2016**. Os Constitucionalistas. Brasília, DF, 5 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-e-protagonismo-do-stf-em-2016>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

MELLO, Celso de. **Discurso proferido por ocasião da solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes como presidente do STF**. Brasília, DF, 23 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCMposseGM.pdf>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. Ensaio sobre o neoconstitucionalismo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 13, n. 101, p. 489-517, out. 2011/jan. 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **JT-MG invalida dispensa de empregado da Copasa dependente de álcool e crack**. Notícias, 21 jul. 2016. Disponível em:

<http://as1.trt3.jus.br/noticias/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=14185&p_cod_area_noticia=ACS&p_cod_tipo_noticia=1>. Acesso em: 26 jul. 2016.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORAIS, Fausto Santos; BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer. **A jurisdição constitucional e os desafios à concretização dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

MOTA, Francisco Glauber Lima. **Contabilidade aplicada ao setor público**. Brasília, DF: Coleção Gestão Pública, 2009.

MOTTA, Francisco José Borges. As condições democráticas de Ronald Dworkin e o instituto da Judicial Review: a democracia é possível aqui? In: LEAL, Rogério Gesta; FILHO, Anízio Pires Gavião (Orgs.). **Bens jurídicos indisponíveis e direito transindividuais: percursos em encruzilhadas**. Porto Alegre: FMP, 2015. p. 204-206. Disponível em:

<http://www.fmp.com.br/imgs_upload/file/MIOLO%20WEB.PDF>. Acesso em: 16 set. 2017.

NASCIMENTO, Rafael do. **As restrições aos direitos fundamentais no contexto da crise do Estado de Bem-Estar Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OLIVEIRA SEGUNDO, Jair Soares de. **Hermenêutica constitucional: neoconstitucionalismo e mitologia jurídica no automatismo do juiz**. Curitiba: Juruá, 2015.

OLIVEIRA, Márcio. **A constituição juridicamente adequada: transformações do constitucionalismo e atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. 1ª ed. (ano 2008), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

ONU – Organização Mundial das Nações Unidas. **Objetivos de desenvolvimento sustentável – objetivo 1**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/ods1/>>. Acesso em: 1 set. 2017.

- PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas políticas públicas**: o problema da legitimidade. São Paulo: Saraiva, 2014.
- PEREZ, Marcos Augusto. **A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PETERS, B. Guy. **American Public Policy**: promise and performance. 6ª ed. Washington: CQ Press: 2004.
- POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do Direito**. São Paulo: Editora WMF / Martins Fontes, 2011. (Título original: *Frontiers of legal theory*).
- POZZOLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- RAMOM, Tácio de Oliveira. **Ativismo judicial**: multiplicidade de sentidos. Curitiba: Prismas, 1993.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. (Título original: *A theory of justice*).
- REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de Direito. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi do (Coord.). **Estado de Direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. **A revisão do princípio da separação dos Poderes**: por uma teoria da comunicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- RIO DE JANEIRO. Subsecretaria de Gestão de Pessoas – SUBGEP. **Caderno de Recursos Humanos**, Rio de Janeiro, n. 46, p. 6-7, out. 2017. Disponível em: <http://www.rj.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=8f8c156b-db2f-489f-80d4-bacff8395be2&groupId=91233>. Acesso em: 28 nov. 2017.
- RIO GRANDE DO SUL. Comarca de Lajeado. Ação Ordinária nº 017/1.15.0003042-7. Segunda Vara Cível. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 9 ago. 2017.
- _____. **Lei Estadual nº 8.820**, de 2017 de janeiro de 1989. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repLegisComp/Lei%20n%C2%BA%2008.820.pdf>>. Acesso em: 5 fev. 2018.
- _____. Ministério Público - Procuradoria-Geral de Justiça. **Diário Oficial do Ministério Público**. Edição nº 2259. 8 nov. 2017. Disponível em:

<<http://www.mprs.mp.br/media/areas/de/arquivos/demp-08-11-2017.pdf>>. Acesso em: 8 nov. 2017.

_____. Secretaria da Fazenda. **Boletim Informativo de Pessoal**, Porto Alegre, n. 181, p. 10, ago. 2017. Disponível em:

<http://tesouro.fazenda.rs.gov.br/upload/1508936953_04%20AGO%20-%202017%20BP%20Internet.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2017.

_____. Tribunal de Contas. **Contas de Governo do ano de 2014 nº 003531-0200/14-0**.

Tribunal Pleno, Conselheiro Algir Lorenzon, Porto Alegre, RS, 29 de julho de 2015.

Disponível em:

<https://portal.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/processos_detalhes?p_processo=35310200140>. Acesso em: 6 dez. 2017.

_____. Tribunal de Contas. **Relatório e parecer prévio sobre as contas do governador do estado – Exercício de 2014**. 2014. Disponível em:

<http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/contas_estaduais/contas_governador/pp_2014.pdf>. Acesso em: 6 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça. **Determinado sequestro de contas do estado para manutenção do Instituto Psiquiátrico Forense**. Porto Alegre, 6 jul. 2016. Disponível em:

<<http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=328128>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70065325862**, Primeira Câmara Cível, Relator Desembargador Newton Luís Medeiros Fabrício, 23 de setembro de 2015.

Publicado em 30 de outubro de 2015. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70065325862&ano=2015&codigo=1645093>. Acesso em: 9 ago. 2017.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70072490790**, Primeira Câmara Cível, decisão monocrática do Relator Desembargador Sergio Luiz Grassi Beck, Porto Alegre, RS, 15 de fevereiro de 2017. Publicado em 17 de abril de 2017. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70072490790&ano=2017&codigo=134857>. Acesso em: 3 jan. 2017.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2017.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales**. Sevilla: Global Law Press, 2015.

_____, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Trad. de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012. (Coleção Fórum Eurolatinoamericana de Direito Público, 1).

ROMAIS, Célio. **Fiscalização permanente do tráfego de caminhões na Estrada do Conde já está em funcionamento**. Estado do Rio Grande do Sul. Ministério Público. 4 out. 2005. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/noticias/5291/>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

ROOSEVELT III, Kermit. **The myth of judicial activism**: making sense of supreme court decisions. New Haven: Yale University Press, 2006.

RUIZ, Juan Cámara. Judicialización y activismo judicial en España. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Ativismo judicial e déficits democráticos**: algumas experiências latino-americanas e europeias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SAAD, Amauri Feres. **Regime jurídico das políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2016.

SAMEK, Robert A. Untrenching fundamental rights. **McGill Law Journal**, v. 27, p. 755-787, 1982. Base de dados HeinOnline. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Welcome>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

SANSON, Alexandre. Os grupos de pressão e a consecução das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

SANTIAGO, Denny Mendes. **As limitações aos direitos fundamentais**: os limites dos limites como instrumento de proteção ao núcleo essencial desses direitos. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Neoconstitucionalismo e democracia. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 43, n. 172, p. 45-55, out./dez. 2006.

SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio fabris Ed., 2006. 194p.

SÃO PAULO. Comarca de São Paulo. Foro Regional XI – Pinheiros. **Cumprimento de Sentença nº 0121753-76.2009.8.26.0011/01**, São Paulo, 25 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160909-08.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2017.

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

_____, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. **Revista do CEJUR/TJSC**: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 01, p. 29-44, dez. 2013.

_____, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. 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: 24 jul. 2016.

SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Trad. de Beatriz Hennig. et al. Montevideu: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf>. Acesso em: 1 dez. 2017.

SCIREA, Bruna. **Os prefeitos gaúchos que não veem a hora de virarem ex-prefeitos**. Jornal Zero Hora, Porto Alegre, 8 out. 2016. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/politica/noticia/2016/10/os-prefeitos-gauchos-que-nao-veem-a-hora-de-virarem-ex-prefeitos-7703398.html>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2015.

SIGAMAIS. **Ministério Público instaura inquérito civil para apurar condições da “Plácido Rocha”**. 16 maio 2016. Disponível em: <<http://www.sigamais.com/noticias/transito/ministerio-publico-instaura-inquerito-civil-para-apurar-condicoes-da-placido-rocha/>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 39. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SIQUEIRA, Chico. **TJ-SP obriga governo estadual a contratar professores de Libras**. Estadão. São Paulo, 10 maio 2012. Disponível em:

<<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,tj-sp-obriga-governo-estadual-a-contratar-professores-de-libras,871371>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade jurídica das políticas públicas: a efetivação da cidadania. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

SMITH II, George P. Marbury v. Madison, Lord Coke and Dr. Bonham: Relics of the Past, Guidelines for the Present: Judicial Review in Transition? **Puget Sound Law Review**, v. 2, p. 255-267, 1979. Disponível em: <<https://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1708&context=scholar>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil e perda de mandato parlamentar**: as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre infidelidade partidária. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015.

SOUZA, Franco Aurélio Brito de. Uma breve abordagem sobre a relação entre Estado, Direito e política. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi do (Coord.). **Estado de Direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SOUZA, Rafaela. **Judicialização da Saúde**: trabalho desenvolvido pelo Comitê Estadual obtém redução de gastos. Porto Alegre, TJRS Notícias, 14 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=362580>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. 2, n. esp., p. 51-61, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

SUBIRATS, Joan. **Análisis de políticas públicas y eficacia de la administracion**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1989.

_____, Joan; KNOEPFEL, Peter; LARRUE, Corinne; VARONNE, Frederic. **Análisis y gestión de políticas públicas**. Barcelona: Editorial Ariel, 2008.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power? In: VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal (Eds.). **The global expansion of judicial power**. Nova York: New York University, 1995.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Ativismo judicial e políticas públicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

THE FEDERALIST n° 62. National Archives. Founders Online. Disponível em: <<https://founders.archives.gov/documents/Hamilton/01-04-02-0212>>. Acesso em: 21 set. 2017.

THEODOULOU, Stella Z. The contemporary language of public policy: starting to understand. In: THEODOULOU, Stella Z.; CAHN, Matthew A. **Public policy: the essential readings**. 2. ed. Pearson Education, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: MELLO, Celso de Albuquerque et al. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 352p.

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Os impactos do ativismo judicial no sistema político: notas sobre a relação entre o Judiciário e os demais Poderes em tempos de crise política. In: LEITE, George Salomão *et al.* **Crise dos Poderes da República**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

UNITED NATIONS. **Economic and Social Council**. Statement of commitment of the Administrative Committee on Coordination for action to eradicate poverty. New York, 6-31 jul. 1998. Disponível em: <<http://www.unsceb.org/CEBPublicFiles/press/9818151e.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. **The Universal Declaration of Human Rights**. Genebra, 8 dez. 1948. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217\(III\)&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217(III)&Lang=E)>. Acesso em: 22 jun. 2016.

URBINA, Francisco Zúniga. Activismo judicial versus garantismoprocesal y tribunal constitucional. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

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

_____, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. Minas Gerais: Editora Fórum Ltda, 2016.

VALLINDER, Torbjörn. When the courts go machingin. In: VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal (Eds.). **The global expansion of judicial power**. Nova York: New York University, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

VILLANUEVA, Luis F. Aguilar. **El Estudio de las políticas públicas**. San Angel: Miguel Ángel Porrúa, 1992.

WOLFE, Christopher. **The rise of modern Judicial Review**: from judicial interpretation to judge-made law. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 1994.