

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

JHONATAN FABRICIO DELFINO DE JESUS

**ATIVISMO JUDICIAL E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
Decisões estruturais, atos discricionários e políticas públicas**

**CURITIBA
2018**

JHONATAN FABRICIO DELFINO DE JESUS

**ATIVISMO JUDICIAL E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
Decisões estruturais, atos discricionários e políticas públicas**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Professor Dr. Thiago Lima Breus

**CURITIBA
2018**

TERMO DE APROVAÇÃO

JHONATAN FABRICIO DELFINO DE JESUS

ATIVISMO JUDICIAL E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
Decisões estruturais, atos discricionários e políticas públicas

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Dr. Thiago Lima Breus

Avaliador: Ma. Carolina Fontes Vieira

Curitiba, de novembro de 2018.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo tratar da discussão doutrinária existente acerca da possibilidade ou não de o Poder Judiciário controlar os atos administrativos discricionários praticados pelo Poder Executivo para assegurar a concretização dos direitos fundamentais. Pretende-se delimitar o conceito de ativismo judicial e a sua relação com a tripartição de poderes previsto na Constituição Federal, bem como com as políticas públicas que visam assegurar a concretização dos direitos fundamentais. Por fim, como um diferencial, pretende-se fazer uma breve análise de jurisprudência e das decisões estruturais da doutrina norte-americana, embasando a necessidade desta referida interferência no contexto atual, desde que respeitados limites de razoabilidade.

Palavras-chave: ato administrativo, direitos fundamentais, políticas públicas, controle jurisdicional, ativismo judicial.

LISTA DE SIGLAS

CC	- Código Civil de 2002
CF	- Constituição Federal de 1988
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

RESUMO	3
LISTA DE SIGLAS	4
1 INTRODUÇÃO	6
2 ATO ADMINISTRATIVO: PERSPECTIVAS.....	7
2.1 ATO ADMINISTRATIVO: CONCEITO, DELIMITAÇÃO E APLICAÇÃO.....	7
2.2 ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO E DISCRICIONÁRIO E OS PRINCÍPIOS QUE OS REGEM.....	13
2.3. CONTROLE DE LEGALIDADE E DE MÉRITO.....	21
3 CONTROLE JURISDICIONAL PROATIVO E O ATIVISMO JUDICIAL	27
3.1 ATIVISMO JUDICIAL: CONCEITO E ORIGEM.....	28
3.2 ATIVISMO JUDICIAL, SEPARAÇÃO E TRIPARTIÇÃO DE PODERES E O CONCEITO DE PODERES DO ESTADO.....	32
3.3 ATIVISMO E POLÍTICAS PÚBLICAS.....	37
4 CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ATUAÇÃO JURISDICIONAL	44
4.1 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	44
4.2 ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA E AS DECISÕES ESTRUTURAIS DA DOUTRINA NORTE-AMERICANA.....	47
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca tratar da discussão doutrinária existente acerca da possibilidade ou não de o Poder Judiciário controlar os atos administrativos discricionários praticados pelo Poder Executivo para assegurar a concretização dos direitos fundamentais.

Para que seja possível atingir o objetivo proposto faz-se necessária a pesquisa bibliográfica, apoiada em livros, artigos, legislações e jurisprudências, sendo dispensada a pesquisa de campo.

Assim, no primeiro capítulo deste trabalho serão feitas algumas considerações a respeito do conceito de ato administrativo, das distinções entre o ato administrativo vinculado e o ato administrativo discricionário, e do controle de legalidade e mérito dos atos administrativos.

Por sua vez, no segundo capítulo serão delimitados os aspectos gerais do controle judicial proativo, com enfoque no conceito de ativismo judicial, e a sua relação com a tripartição de poderes e com as políticas públicas.

Após isso, no terceiro capítulo, serão feitas algumas considerações acerca dos direitos e das garantias fundamentais. Por fim, ainda será feita uma breve análise de jurisprudência e as decisões estruturais da doutrina norte-americana, apontando através deste instituto um parâmetro para as decisões judiciais acerca do controle de atos administrativos discricionários.

2 ATO ADMINISTRATIVO: PERSPECTIVAS

O ato administrativo é um ato jurídico que decorre do exercício da função administrativa sob o regime jurídico de direito público, sendo dividido em ato administrativo vinculado e ato administrativo discricionário. No ato administrativo vinculado existe uma previsão legal que deve ser estritamente respeitada, vinculando o ato à lei. No ato administrativo discricionário existe liberdade de escolha na execução do ato, porém, dentro das margens delineadas pelo texto legal, seja pela omissão do legislador, que não conseguiu prever determinada situação, seja por determinação legal, que consubstancie tal margem decisória ao administrador público.

O presente trabalho tem como objeto o estudo do controle jurisdicional do ato administrativo discricionário e a concretização dos direitos fundamentais. Assim, em primeiro lugar, mostra-se relevante a análise conceitual do ato administrativo discricionário. Para tanto, passa-se a conceituação de ato administrativo em termos gerais, para depois analisar, de forma pormenorizada, os aspectos do ato administrativo discricionário e do ato administrativo vinculado, para então abordar o controle de legalidade e de mérito à luz da doutrina e dos princípios constitucionais que regem o direito administrativo.

2.1 ATO ADMINISTRATIVO: CONCEITO, DELIMITAÇÃO E APLICAÇÃO

Como dito anteriormente, o ato administrativo é um ato jurídico que decorre do exercício da função administrativa sob o regime jurídico de direito público. Todo ato administrativo produz efeitos no mundo jurídico, como por exemplo, a nomeação de um indivíduo para cargo público. Tal ato produz os referidos efeitos mudando o vínculo do nomeado para com a administração pública passando a ter um conjunto de responsabilidades e direitos que antes da existência deste vínculo não o tinha.

No entanto, nem todo ato da administração pública reflete-se em ato administrativo. Pode-se citar como exemplo a realização de uma tarefa comum que não produz efeito jurídico, formulando assim um ato material, que não se traduz em uma alteração no mundo do Direito. Neste sentido, exemplifica-se um ato material

através de um médico realizando uma cirurgia em hospital público, ou também um professor dando aula em uma instituição de ensino da rede pública. Nestes exemplos, as tarefas realizadas são investidas de vários atos materiais, não repercutindo, todavia, no mundo jurídico.

O ato administrativo encontra-se dentro das funções administrativas do Poder Executivo, com o fim de manifestar a vontade funcional. Conforme exemplifica Marçal Justen Filho “ato administrativo é uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício de função administrativa.”¹

Diante desse tema, mostra-se necessário destacar a distinção entre ato e fato. O primeiro concerne ao homem, um feito, uma prática decorrente dele. Enquanto o segundo decorre de acontecimentos naturais, independentemente de sua influência. No campo jurídico, o fato descrito na norma legal é chamado de fato jurídico, enquanto que ato jurídico é uma declaração que produz efeitos jurídicos. Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Sendo ato jurídico, aloca-se dentro do gênero fato jurídico. Este se define como: qualquer acontecimento a que o Direito imputa e enquanto imputa efeitos jurídicos. O fato jurídico, portanto, pode ser um evento material ou uma conduta humana, voluntária ou involuntária, preordenada ou não a interferir na ordem jurídica. Basta que o sistema normativo lhe atribua efeitos de direito para qualificar-se como um fato jurídico.²

No direito administrativo, se o fato não produz efeito jurídico é chamado de fato da administração, enquanto ato da administração são os atos praticados em prol do exercício da função administrativa. O ato da administração difere-se de ato administrativo por ser muito mais abrangente, abarcando todos os atos praticados pela administração. Por sua vez, o ato administrativo é menos amplo, alcançando apenas alguns determinados atos da função administrativa.

Desta forma, conforme definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ato administrativo surge como “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.”³

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 367.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 380.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 239.

Ainda neste sentido, em acepção mais estrita, Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que:

Ato administrativo é a declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria constituição, ai de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.⁴

Feitas as primeiras considerações sobre o ato administrativo, passa-se a análise de seus elementos constitutivos. Nesse sentido, convém ressaltar que há divergência doutrinária a respeito do tema. Porém, para fins de elaboração do presente trabalho serão utilizados os requisitos classicamente estabelecidos por Cretella Júnior.

Para o referido autor⁵, são cinco os elementos básicos constitutivos da manifestação da vontade da Administração, quais sejam o agente, o objeto, a forma, o motivo e o fim.

O agente do ato administrativo pode ser definido como quem detém os poderes jurídico-administrativo para fazê-lo. Resumindo-se ao Direito Civil, o agente precisa ter capacidade, porém, no Direito Administrativo, além de capacidade o agente precisa ter competência.

Pode-se definir a competência, nos dizeres de Maria Sylvia Zanella Di Pietro como “conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo.”⁶

Via de regra a competência é outorgada pela Constituição Federal às pessoas públicas-políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal). Em âmbito infraconstitucional, a legislação outorga competência para órgãos e servidores.

Em resumo, pode-se dizer que no Direito Brasileiro apenas as pessoas públicas-políticas são detentoras da capacidade – e diga-se, da competência – para exercer o ato administrativo.

O objeto do ato administrativo é definido como efeito jurídico imediato, aquilo que o ato administrativo determina. Podendo ser, assim como o motivo, um elemento

⁴ MELLO, 2015, p. 394.

⁵ CRETILLA JÚNIOR, 1977 apud DI PIETRO, op. cit., p. 245.

⁶ Ibid., p. 246.

vinculado ou discricionário a depender do que estiver previamente estabelecido no ordenamento jurídico. Nos dizeres de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Objeto ou conteúdo é o efeito jurídico imediato que o ato produz. Sendo o ato administrativo espécie do gênero ato jurídico, ele só existe quando produz efeito jurídico, ou seja, quando, em decorrência dele, nasce, extingue-se, transforma-se um determinado direito. Esse efeito jurídico é o objeto ou conteúdo do ato. Para identificar-se esse elemento, basta verificar o que o ato enuncia, prescreve, dispõe.⁷

Além disso, o objeto do ato administrativo deve ser lícito, em consonância com o disposto em lei; possível, uma vez que deve ser realizável no mundo dos fatos e do direito; certo, ou seja, totalmente definido quanto a destinatário, efeitos, tempo e lugar e; moral, respeitando princípios éticos e padrões comuns de comportamento.

Quanto à forma pode-se dizer que existem basicamente duas perspectivas na doutrina, uma sendo mais restrita e outra mais ampla. Na primeira, considera-se apenas a exteriorização do ato concebido, assim sendo, sobre qual maneira o ato é expresso - se por forma escrita ou verbal, ou mesmo a título de exemplo em forma de decreto, resolução, portaria, etc. Na segunda, considera-se também as formalidades que devem ser observadas no decorrer da exteriorização da vontade da administração, incluindo também os requisitos para a publicidade do ato. Nos dizeres de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Encontram-se na doutrina duas concepções da forma como elemento do ato administrativo: uma concepção restrita, que considera forma como a exteriorização do ato, ou seja, o modo pelo qual a declaração se exterioriza; nesse sentido fala-se que o ato pode ter a forma escrita ou verbal, de decreto, portaria, resolução etc.; Uma concepção ampla, que inclui no conceito de forma, não só a exteriorização do ato, mas também todas as formalidades que devem ser observadas durante o processo de formação da vontade da administração, e até os requisitos concernentes à publicidade do ato.⁸

Ainda neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello define forma como:

Forma é o revestimento exterior do ato; portanto, o modo pelo qual este aparece e revela sua existência. A forma pode, eventualmente, não ser obrigatória, isto é, ocorrerá, por vezes, ausência de prescrição legal sobre uma forma determinada, exigida para a prática do ato. Contudo, não pode

⁷ DI PIETRO, 2015, p. 249.

⁸ Ibid., p.250.

haver ato sem forma, porquanto o Direito não se ocupa de pensamentos ou intenções enquanto não traduzidos exteriormente. Ora, como a forma é o meio de exteriorização do ato, sem forma não pode haver ato. Não se deve confundir forma, na acepção enunciada, com formalização, que é um modo específico de apresentação da forma, ou seja, uma dada solenização requerida para o ato. Esta última é um pressuposto formalístico⁹.

O motivo é o pressuposto de fato e de Direito que leva à prática do ato administrativo. O motivo surge antes da prática do ato, de modo que todo ato administrativo deverá ser motivado a fim de confirmar a sua existência, pois, sem motivo não há ato administrativo válido.

Destarte, não se deve confundir motivo com motivação do ato administrativo, pois todo ato tem motivo mas nem sempre terá motivação, que se traduz na exposição dos motivos que levaram a prática do ato.

O motivo pode ser elemento vinculado ou discricionário a depender da determinação legal. Quando vinculado, na disposição legal constará que ocorrida determinada situação, deverá ser praticado certo ato, não havendo margem de escolha para o administrador público.

Na hipótese de o legislador usar termo genérico na disposição legal o motivo do ato administrativo será discricionário havendo margem de escolha para o administrador público de acordo com a conveniência para o serviço e critério da autoridade administrativa.

Celso Antônio Bandeira de Mello traduz motivo em:

Pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato. É, pois, a situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta para a prática do ato. Logo, é externo ao ato. Inclusive o antecede. Por isso não pode ser considerado como parte, como elemento do ato. O motivo pode ser previsto em lei ou não. Quando previsto em lei, o agente só pode praticar o ato se houver ocorrido a situação prevista. Quando não há previsão legal, o agente tem liberdade de escolha da situação (motivo) em vista da qual editará o ato. É que, mesmo se a lei não alude expressamente os motivos propiciatórios ou exigentes de um ato, nem por isto haverá liberdade para expedi-lo sem motivo ou perante um motivo qualquer.¹⁰

Em sede de delinear a diferença entre motivo e motivação Marçal Justen Filho aduz que:

⁹ MELLO, 2015, p. 402.

¹⁰ Ibid., p. 405.

Lembre-se que motivo não se confunde com motivação. A motivação se relaciona à forma do ato administrativo e consiste na exposição formal do motivo. O motivo é esse processo mental interno ao agente que pratica o ato. A motivação consiste na exteriorização formal do motivo, visando a propiciar o controle quanto à regularidade do ato.

Para ser mais preciso, a motivação consiste na exposição por escrito da representação mental do agente relativamente aos fatos e ao direito, indicando os fundamentos que o conduziram a agir em determinado sentido.¹¹

Quanto à finalidade, pode-se definir que é o resultado que se espera alcançar através da prática de um ato administrativo. Sendo assim, a finalidade vem a surgir depois de praticado referido ato.

A finalidade, em seu sentido amplo, remete-se ao atingimento dos interesses da coletividade. Através disto, o administrador público deverá ter uma atuação específica, visando apenas o atingimento dos interesses públicos. Se o administrador público visar ao interesse privado em detrimento ao interesse coletivo, incorrerá em um vício denominado desvio de finalidade ou desvio de poder.

Porém, há que se ressaltar que cada ato administrativo tem além do intuito do atingimento do interesse público, uma finalidade pública específica prevista em lei. Neste caso, mesmo que o administrador perfaça um ato que atenda ao interesse público, porém, seja diverso do descrito na previsão legal, ainda assim estará incorrendo no vício do desvio de finalidade. Neste sentido Maria Sylvia Zanella Di Pietro define finalidade em dois sentidos diferentes:

Em sentido amplo, a finalidade corresponde à consecução de um resultado de interesse público; nesse sentido, se diz que o ato administrativo tem que ter finalidade pública;

Em sentido restrito, finalidade é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido na lei; nesse sentido, se diz que a finalidade do ato administrativo é sempre a que decorre explícita ou implicitamente da lei.¹²

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello “finalidade é o bem jurídico objetivado pelo ato. Vale dizer, é o resultado previsto legalmente como o correspondente à tipologia do ato administrativo, consistindo no alcance dos objetivos por ele comportados.”¹³

Em sede de diferenciar motivo e finalidade Marçal Justen Filho elucidada:

¹¹ JUSTEN FILHO, 2015, p. 391.

¹² DI PIETRO, 2015, p. 253.

¹³ MELLO, 2015, p. 413.

É usual a confusão entre motivo e finalidade do ato administrativo. Evidência desse equívoco reside na afirmativa de que o motivo de um ato é promover o bem público. Promover o bem público não é motivo, mas finalidade de um ato administrativo.

A distinção entre motivo e finalidade é facilmente estabelecida quando o ato administrativo é considerado como uma etapa num processo de causa e efeito. O ato administrativo é efeito, no sentido de ser produzido por certas causas. Mas ele também é causa, uma vez que gera consequências jurídicas. O motivo é a causa do ato administrativo. A finalidade é a consequência por ele visada.¹⁴

Superada a conceituação de ato administrativo e de seus elementos, passa-se a análise pormenorizada dos aspectos do ato administrativo discricionário e do ato administrativo vinculado.

2.2 ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO E DISCRICIONÁRIO E OS PRINCÍPIOS QUE OS REGEM

Os atos administrativos dividem-se em vinculados e discricionários. O ato administrativo vinculado tem todos os seus elementos vinculados a uma previsão legal, inexistindo margem de decisão para o administrador público senão o estrito cumprimento do referido ato conforme sua presciência no ordenamento jurídico.

No ato administrativo vinculado, o administrador público ou agente designado para praticá-lo apenas cumprirá aquilo que a norma traz em seu mandamento, de modo que fica evidente aquilo que é inerente ao gestor público. Trata-se de cumprimento do princípio da legalidade, eis que o gestor público só poderá praticar atos a partir do que a lei autorize de forma prévia e expressa, diferentemente do que alude ao cidadão comum no que toca as suas garantias e direitos fundamentais constantes no art. 5º, da Constituição Federal do Brasil de 1988 que em seu inciso segundo aduz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

O administrador público está condicionado ao regramento legal, em especial quando se fala em ato administrativo vinculado, onde todos os seus elementos anteriormente citados são precedidos de autorização legal, sem a qual o ato é inválido.

¹⁴ JUSTEN FILHO, 2015, p. 392.

Não pode o administrador público se afastar ou desviar-se dos mandamentos da lei e às exigências do bem comum em toda sua atividade funcional, podendo culminar não apenas na invalidação do ato como também na responsabilização disciplinar, civil e criminal, a depender do caso. Além da observância do princípio da legalidade, a administração pública está condicionada a uma série de princípios inerentes a boa administração e ao trato do bem público.

Celso Antônio Bandeira de Mello no que diz respeito ao princípio da legalidade aduz que:

O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina. Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos *meios* e *formas* nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições. Segue-se que a atividade administrativa consiste na produção de decisões e comportamentos que, na formação escalonada do Direito, agregam níveis maiores de concreção ao que já se contém abstratamente nas leis.¹⁵

Além do princípio da legalidade, há outros princípios que regem o Direito Administrativo. A exemplo, o princípio da impessoalidade, onde o administrador público no exercício de suas atribuições deverá sempre visar ao atingimento dos interesses públicos, não podendo buscar no exercício de sua função pública interesses privados, caso em que incorrerá em desvio de finalidade, que por sua vez é uma das formas de abuso de poder.

O princípio da impessoalidade estabelece que quem age no exercício da administração pública é a instituição, o poder público traduzido naquele ato como sendo, por exemplo, um determinado município. Não poderá dessa forma o administrador público aproveitar-se da publicidade dos atos praticados pela administração para se auto promover, conforme consta no artigo 37, § 1º, da Constituição Federal de 1988¹⁶.

Nesta seara, a administração pública deverá sempre buscar a neutralidade perante os administrados, culminando em que todo comportamento da administração

¹⁵ MELLO, 2015, p. 108.

¹⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

§ 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

pública terá que ser impessoal. Deste modo, em sendo praticado um referido ato não importa, neste prisma, qual pessoa o praticou. Quem praticou para os devidos efeitos foi a administração pública (ressalva-se que importa saber quem praticou o ato devido a análise da competência do sujeito).

Quanto ao princípio da impessoalidade, conceitua Celso Antônio Bandeira de Mello:

Nele se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimidas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. Está consagrado explicitamente no art. 37, *caput*, da Constituição. Além disso, assim como “todos são iguais perante a lei” (art. 5º, *caput*), *a fortiori* teriam de sê-lo perante a Administração.¹⁷

O princípio da moralidade administrativa, constante na Constituição Federal de 1988 aduz que ao administrador público não basta apenas o respeito à legalidade nos atos. O agente público deverá dotar-se de honestidade no trato da *res publica* e correção no cuidado dos interesses da coletividade.

Neste caso, não se confunde a moralidade administrativa com a moralidade em seu sentido amplo, que tem como significado ser a qualidade, característica do que é moral; que segue os princípios da moral.¹⁸ O desrespeito à moralidade, a imoralidade, não produzirá uma sanção ao indivíduo, via de regra, afora sua consciência. Diferentemente da moralidade administrativa que o seu desrespeito culmina em um ato de improbidade administrativa trazendo uma série de sanções ao administrador público como demonstra, por exemplo, o artigo 37 da carta magna em seu parágrafo quarto¹⁹. Sendo assim, os atos do administrador público que visem ser válidos estarão vinculados também a este princípio. Desta forma, Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua que “[...]De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar

¹⁷ MELLO, 2015, p. 117.

¹⁸ MORALIDADE. In: HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p.1316.

¹⁹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, à indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

na conformidade dos princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando *ilicitude* que assujeita a conduta viciada a invalidação[...].²⁰

O princípio da publicidade traz ao administrador público o dever de haver transparência em seus atos, uma vez que os atos praticados são voltados aos interesses da coletividade. Podendo esta conseguir acompanhar o trato da coisa pública. Este princípio se materializa na transparência, a exemplo de um sítio da internet de um determinado órgão do poder público onde ele traz todas as informações úteis à fiscalização do empenho do dinheiro público, o diário oficial onde o ente do poder público registra seus atos, entre outros meios de comunicação. Vale ressaltar que há casos que o sigilo é necessário e imprescindível a segurança da sociedade e do Estado. O referido princípio consubstancia-se no artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal de 1988 onde diz que: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

Sobre este princípio, Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que:

“[...]Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos, não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.²¹”

O princípio da eficiência em primeira análise traz a ideia de otimização dos resultados com diminuição dos custos, visando um maior lucro e conseqüentemente guardando sinônimo com a eficácia.

Na administração pública, este princípio visa, sim, à otimização do resultado, mas, neste caso, têm-se como resultado a melhor satisfação possível dos interesses da coletividade. Logicamente, este princípio deve ser buscado respeitando os demais que regem a boa administração, não podendo a título de exemplo sob o argumento de buscar a eficiência do ato administrativo não respeitar a legalidade, ou a moralidade.

²⁰ MELLO, 2015, p. 123.

²¹ *Ibid.*, p. 114.

Este princípio consta expressamente no caput do artigo 37²², da Constituição da República, tendo sido incluído através da Emenda Constitucional nº19, de 1998. Quanto ao princípio da eficiência, Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua que:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.²³

Em análise ao princípio da supremacia do interesse público vislumbra-se que este garante que o interesse da coletividade deverá sempre prevalecer sobre o interesse particular, podendo este referido princípio ser dividido em primário e secundário.

Sendo o primeiro o que de fato justifica a existência da administração pública que é visar o bem da coletividade tendo uma finalidade social. Enquanto que o secundário busca o benefício do próprio Estado, a título de exemplo, quando o Estado aumenta o valor de determinado imposto apenas para aumentar a arrecadação financeira.

Contudo, tal princípio sofre crítica da doutrina ponderando que com a Constituição Federal consagrando os direitos fundamentais e da democracia como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do estado democrático de direito, acaba revelando-se contrário ao sistema aberto de princípios sem uma hierarquização, não devendo tal princípio se sobrepor, mas sim com uma ponderação lógica e proporcional²⁴. Sem esta ponderação, ter-se-ia através deste princípio uma subordinação do indivíduo perante o estado. Fazendo-se necessário uma harmonização da supremacia do interesse público com direitos e garantias individuais constantes na constituição federal. Neste sentido, conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O princípio da supremacia do interesse público não coloca em risco os direitos individuais, porque tem que ser aplicado em consonância com os

²² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

²³ DI PIETRO, 2015, p.84.

²⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos, Fundamentos, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 30.

princípios todos que informam o direito administrativo, como os da legalidade, impessoalidade, razoabilidade, segurança jurídica e tantos outros consagrados no ordenamento jurídico. Ele protege os direitos individuais.²⁵

Pelo princípio da razoabilidade, tem-se que o administrador mesmo quando tem a discricionariedade ao seu dispor este deve tomar uma decisão razoável, dentro dos padrões da normalidade. O referido princípio tem como condão evitar abusos na atividade administrativa, sendo uma decorrência natural do princípio da legalidade. Havendo um ato administrativo dito irracional, desarrazoado, tanto a administração pública quanto o Poder Judiciário podem anular este ato administrativo desarrazoado. De forma a elucidar este princípio, conclui Celso Antônio Bandeira de Mello que o exercício da discricção por parte da administração deverá se dar de forma a “obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida”.²⁶

O princípio da proporcionalidade decorre do princípio da legalidade e para alguns autores também decorre do princípio da razoabilidade. Tal consideração principiológica assevera que o administrador público no uso da discricionariedade que lhe é concedida deverá fazer uso da ponderação. Ao contrário das regras, que são normas binárias aplicadas segundo uma lógica do “tudo ou nada”²⁷, os princípios têm uma dimensão de peso, sendo aplicados em maior ou menor grau, conforme juízos de ponderação formulados, tendo em conta outros princípios concorrentes e eventuais limitações materiais à sua concretização²⁸. Desta forma, este princípio torna-se uma limitação ante ao princípio da supremacia do interesse público.

Apenas em caráter exemplificativo, citam-se estes princípios constantes na Carta Magna no que concerne à administração pública. Não esgotando sobremaneira os princípios fundamentais a que o ente público no exercício de suas funções estará sujeito.

No que diz respeito ao ato administrativo discricionário, abre-se uma margem de decisão para o agente público, onde essa referida discricionariedade do ato não é plena, pois, alguns elementos formadores do ato serão sempre vinculados à previsão legal, quais sejam a competência, a finalidade e a forma, restando assim para o poder

²⁵ DI PIETRO, 2015, p.38.

²⁶ MELLO, 2015, p. 108.

²⁷ DWORKING, 1998 apud BINENBOJM, 2006, p.31.

²⁸ BINENBOJM, loc cit.

de decisão do agente o motivo e o objeto do ato. Cumpre salientar que a referida margem de deliberação sempre será exercida dentro dos limites preestabelecidos em lei, com o intuito de manter a legalidade do ato sem inferir em uma decisão arbitrária.

Quanto ao grau de liberdade da administração em sua prática, Celso Antônio Bandeira de Mello define os atos administrativos:

Atos ditos discricionários e que melhor se denominariam atos praticados no exercício de competência discricionária – os que a administração pratica dispondo de certa margem de liberdade para decidir-se, pois a lei regulou a matéria de modo a deixar campo para uma apreciação que comporta certo subjetivismo. Exemplo: autorização de porte de arma.

Atos vinculados os que a administração pratica sem margem alguma de liberdade para decidir-se, pois a lei previamente tipificou o único possível comportamento diante da hipótese prefigurada em termos objetivos. Exemplo: licença para edificar.²⁹

Ainda no sentido de elucidar e diferenciar ato vinculado de discricionário, Maria Sylvia Zanella Di Pietro define:

[...] os poderes que exerce o administrador público são regradados pelo sistema jurídico vigente. Não pode a autoridade ultrapassar os limites que a lei traça à sua atividade, sob pena de ilegalidade.

No entanto, esse regramento pode atingir os vários aspectos de uma atividade determinada; neste caso se diz que o poder da administração é vinculado, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a administração deve agir de tal ou qual forma. Por isso mesmo se diz que, diante de um poder vinculado, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial.

Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Dai porque se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei³⁰.

Vale ressaltar que a referida discricionariedade é uma importante ferramenta do agente público para instrumentalizar, aplicar as políticas públicas conforme o

²⁹ MELLO, 2015, p. 432.

³⁰ DI PIETRO, 2015, p.255.

dinamismo que as relações públicas exigem. Porém é sabido que tal deliberação enfrenta limites impostos pela lei, é uma liberdade de atuação dentro dos contornos ensejados pelo ordenamento jurídico. Se o administrador ultrapassa esses limites, a decisão passa a ser arbitrária; contrária à lei e, por conseguinte, passiva de controle pelo poder judiciário.

Diante da impossibilidade de o legislador prever absolutamente todas as hipóteses possíveis de atuação do poder administrativo que a discricionariedade contribui para a atuação do administrador perante o caso concreto.

A única fonte de discricionariedade é, pois, senão a lei. Quando expressamente outorga a margem de decisão ao administrador, quando prevê determinada competência, mas não prevê qual conduta o agente deverá seguir, ou até mesmo quando a lei é omissa. Seja porque dada situação não foi contemporânea à criação da lei ou mesmo pelo dinamismo das mudanças nas relações sociais, desta forma, trazendo mudanças não previstas pelo ordenamento. Neste sentido, define Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Para o desempenho de suas funções no organismo estatal, a administração pública dispõe de poderes que lhe asseguram posição de supremacia sobre o particular e sem os quais ela não conseguiria atingir os seus fins. Mas esses poderes, no Estado de Direito, entre cujos postulados básicos se encontra o princípio da legalidade, são limitados pela lei, de forma a impedir os abusos e as arbitrariedades a que as autoridades poderiam ser levadas.³¹

A atuação do administrador mesmo nestes casos de omissão legislativa deverá seguir os princípios extraídos da lei. Sempre a sombra do melhor interesse da coletividade, o administrador público não pode utilizar-se desta dita liberdade para atender a interesses privados, de um dado indivíduo ou até mesmo conforme seus próprios interesses desviando assim a finalidade a qual a discricionariedade serve que é de atender ao melhor interesse público (finalidade do ato em si), diferentemente de um gestor privado que age com domínio e os poderes inerentes à propriedade.

Mesmo que conduza de forma desastrosa seu empreendimento, mas sua conduta não se coadune em algo que lhe seja proibido por lei, aquilo que não o seja será permitido sem que algo seja feito por terceiros, evidenciando a diferença do princípio da legalidade entre o gestor público e o ente privado. Enquanto que ao

³¹ Ibid., p. 254.

primeiro só é permitido fazer aquilo que a lei permite, ao segundo é facultado fazer ou deixar de fazer tudo àquilo que a lei não impõe ou proíba.

Os limites impostos pela lei servem a coibir abusos cometidos pelo Estado perante o particular, pois, o primeiro encontra-se em posição superior ao segundo. O abuso de poder cometido pelo estado na figura da administração pública pode ser vislumbrado através do desvio de poder e do excesso de poder.

Consoante ao desvio de poder têm-se que o agente público pratica um determinado ato administrativo buscando uma finalidade diversa daquela prevista em lei para este referido ato, sendo uma finalidade privada ou mesmo outra finalidade pública caracteriza-se desvio de poder. Uma grande dificuldade assenta-se na prova do cometimento de desvio de poder, pois, evidentemente a autoridade que pratica tal abuso, destacado como um ato de improbidade administrativa como define o art. 11 em seu inciso I, da Lei 8429/92³².

No tocante ao excesso de poder o agente público pratica atos que ultrapassam os limites de sua competência, sendo incompetente para praticar determinado ato e mesmo praticando-o age (o administrador público) em excesso de poder.

Superada a análise dos aspectos do ato administrativo discricionário e do ato administrativo vinculado, passa-se a ponderação acerca do controle de legalidade e de mérito à luz da doutrina e dos princípios constitucionais que regem o direito administrativo.

2.3. CONTROLE DE LEGALIDADE E DE MÉRITO

Ao analisar o plano da legalidade do ato administrativo encontra-se a validade do referido ato, verificando se este é compatível com o ordenamento jurídico.

Neste caso, o atendimento a legalidade não deve se restringir apenas as normas legais estendendo-se este entendimento também aos preceitos da administração condizentes com o ato administrativo em análise. Neste sentido, deve

³² Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

ser considerado como normas legais desde as disposições constitucionais aplicáveis até as instruções normativas do órgão emissor do ato ou os editais compatíveis com as leis e regulamentos superiores³³.

Dentro do plano de análise da validade do ato jurídico encontra-se uma grande dificuldade por ser um tema bastante complexo e que demandaria uma melhor análise e atenção ao estudo da teoria geral do direito.

Inobstante a isto não há possibilidade de formulação de um conceito unitário de validade pelo fato de tal expressão ser utilizada de uma maneira geral não uniforme³⁴. Porém, há na doutrina três conceitos de validade sendo eles a validade fática, validade constitucional e validade ideal³⁵.

Por este norte, Weida Zancaner conceitua:

O conceito de validade constitucional é usado para designar normas construídas de acordo com os preceitos de um dado sistema jurídico-positivo. O conceito de validade fática serve para designar normas capazes de produzirem efeitos, de estarem em vigor. Por sua vez, o conceito de validade ideal é utilizado para nomear as regras que têm validade em razão de serem argumentadas através da própria doutrina.³⁶

Através do estudo dos planos da existência jurídica ou perfeição do ato, de sua validade ou de sua eficácia o ato pode ser perfeito, válido e eficaz; perfeito, inválido e eficaz; perfeito, inválido e ineficaz; e perfeito, válido e ineficaz³⁷. Quanto à perfeição do ato tem-se que este atingiu a completude de sua formação, ou seja, há um agente, forma, finalidade, motivo e objeto. O referido ato possui todos os elementos necessários à sua formação. Quanto à validade tem-se que um ato válido é um ato legal, onde todos os seus elementos estão em conformidade com a lei.

No que concerne à eficácia do ato, encontra-se um ato apto a produzir os seus efeitos. Não dependendo de condição suspensiva ou termo inicial, ou ainda uma ratificação de outra autoridade administrativa para iniciar os seus efeitos. Tanto a administração pública quanto o Poder Judiciário e o Poder Legislativo podem analisar

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 717.

³⁴ ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos**. 3. ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2008. p. 41.

³⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio 1977 apud ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos**. 3. ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2008. p. 41.

³⁶ ZANCANER, loc. cit.

³⁷ Ibid., p. 49.

a validade de um ato administrativo vinculado, sendo sua análise pormenorizada pelos seus próprios elementos estarem ligados a uma previsão legal.

Neste caso, a administração pública pode exercer de ofício este controle ou mediante provocação recursal ou ainda representação administrativa. Enquanto que o Poder Legislativo exercerá este controle apenas nos casos previstos expressamente na Constituição e o Poder Judiciário através de ação pertinente a este referido controle³⁸.

Através deste controle deverá ser anulado o ato nulo ou o ato anulável, considerando como ato nulo aquele que sofre de vício insanável e explícita ilegalidade não repercutindo qualquer efeito válido, destituindo-o assim desde a sua origem. Já o ato anulável é aquele que não é em seu todo ilegal, guardando assim em seu conteúdo partes que podem gerar algum efeito jurídico desta parte que não era ilegal. Apenas em sede de diferenciação a anulação do ato administrativo não deve ser confundida com a revogação do mesmo. Na revogação pode ser destituído o ato que sem qualquer defeito ou ilegalidade não for mais conveniente à administração pública, portanto, independe da apreciação de algum vício para revogar o ato administrativo.

Quanto ao ato nulo Hely Lopes Meirelles aduz que:

Ato nulo: é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos ou no procedimento formativo. A nulidade pode ser *explícita* ou *virtual*. É explícita quando a lei a comina expressamente, indicando os vícios que lhe dão origem; é virtual quando a invalidade decorre de infringência de princípios específicos do direito público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato. Em qualquer destes casos, porém, o ato é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer efeito válido entre as partes, pela evidente razão de que não se podem adquirir direitos contra lei³⁹.

Consoante ao ato administrativo discricionário, a análise de alguns de seus elementos se aproxima à do vinculado, pois, a competência, a finalidade e a forma também estão prefixadas em lei. Quanto ao motivo e ao objeto tal análise é possível, pois há discricionariedade, porém, esta sofre delimitação no ordenamento jurídico. Deve-se respeitar a padrões de razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que, pode-se encontrar um ato arbitrário travestido com formas de ato discricionário, merecendo sua anulação.

³⁸ MEIRELLES, 2011, p. 717.

³⁹ MEIRELLES, 2011, p.178.

Quanto à legalidade Marçal Justen Filho assevera:

No relacionamento entre os particulares, prevalece a regra de que tudo aquilo que não for obrigatório nem proibido por lei é juridicamente autorizado. No tocante à atividade administrativa, reconhece-se que tudo aquilo que não for autorizado por lei é juridicamente proibido⁴⁰.

Destarte a estas ponderações acerca do princípio da legalidade e o controle desta no ato administrativo, faz-se necessário à referência ao princípio da segurança jurídica ou ainda a boa-fé dos administrados perante a administração pública. Quanto ao primeiro, vislumbra-se que, com a devida atenção a um processo administrativo, por exemplo, que consoante à interpretação de uma norma jurídica deve-se buscar sempre a que melhor se atente aos interesses da coletividade.

Através deste princípio têm-se ainda que seja vedado a administração pública dar interpretação diversa a uma norma e aplicá-la de forma retroativa. Situações pretéritas que já estejam estabilizadas no passado não poderão ser tangidas por esta nova interpretação, tornando-se desta forma uma garantia ao cidadão. Este princípio tem uma definição observada na lei 9784/99 em seu artigo 2º, parágrafo único, inciso XIII⁴¹, quanto a sua aplicação no processo administrativo.

Ainda neste sentido, o princípio da segurança jurídica está ligado ao princípio da boa-fé, garantindo a segurança nas relações entre os cidadãos e a administração pública.

Concernente ao mérito do ato administrativo pode-se aduzir que é o juízo de conveniência e oportunidade que o administrador faz quando tem discricionariedade. Sendo essa a liberdade para escolher enquanto o mérito é a escolha feita através desta liberdade, no que tange a alguns elementos formadores do ato quais sejam o motivo e o objeto. Ficando sempre vinculados à previsão legal os outros elementos quais sejam a competência, finalidade e a forma.

⁴⁰ JUSTEN FILHO, 2015, p. 213

⁴¹ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Desta feita, apenas a própria administração pública pode fazer um determinado controle no mérito, nem mesmo nesse caso, um juiz no exercício de sua função jurisdicional poderá inferir no mérito do ato administrativo discricionário.

Consoante à definição de mérito conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Resumidamente, afirma-se que o mérito é o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência e oportunidade; só existe nos atos discricionários. Seria um aspecto do ato administrativo cuja apreciação é reservada à competência da administração pública. Daí a afirmação de que o Judiciário não pode examinar o mérito dos atos administrativos⁴².

Tendo o administrador público o poder de tomar a decisão através do ato administrativo discricionário, o mérito então se traduz na consequência do exercício da decisão tomada diante do caso concreto.

Essa tomada de decisão é indispensável e necessária ao exercício do poder discricionário, todavia, esta subjetividade é concedida ao administrador dentro da legalidade, não podendo ela ser executada fora dos ditames legais.

Desta feita, preceitua Weida Zancaner:

[...]Deflui, portanto, do exposto que a apreciação subjetiva do administrador é necessária para o exercício do poder discricionário. Todavia, torna-se necessário esclarecer que esta possibilidade de atuar mediante a utilização de critérios subjetivos é uma forma de atribuição concedida ao administrador pela legalidade, não podendo, portanto, ser entendida como uma faculdade extralegal, marginal ou anterior ao Direito, livre, sem peias e sem cerceios, visto que será válida e relevante a apreciação subjetiva do administrador se exercitada estritamente dentro da margem de liberdade concedida pela lei⁴³.

Por outro Norte, tem-se que no Estado de Direito cada órgão compositor do poder tripartite têm sua função própria, onde ao Legislativo cabe à edição de normas gerais e abstratas e ao Poder Executivo cabe delimitar esta norma geral e abstrata ao caso concreto. Não se pode confundir, inclusive, a discricionariedade administrativa com a discricionariedade judicial.

A discricionariedade judicial é aplicada no controle da implementação de políticas públicas, outorgando poder ao magistrado em confronto com casos de difícil resolução, como é, em geral, as controvérsias acerca das políticas públicas.

⁴² DI PIETRO, 2015, p. 260.

⁴³ ZANCANER, 2008, p. 57.

Defendendo a obtenção de critérios de racionalidade e proporcionalidade na avaliação das decisões judiciais proferidas nestes casos.

3 CONTROLE JURISDICIONAL PROATIVO E O ATIVISMO JUDICIAL

Entende-se por jurisdição proativa aquela em que o magistrado age de forma a expandir seu agir para além do que lhe é conferido como representante do Poder Judiciário. Justamente por se ter aí um poder da República, logo, essencial para a democracia e estabilidade da tripartição das funções dos poderes do Estado, em uma atuação ativista por vezes o Poder Judiciário não atua somente na interpretação da Constituição para determinado caso concreto, mas interfere também na atuação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo.

A título de exemplo, quando o Poder Judiciário determina que se dê interpretação diversa do que consta no texto constitucional, ainda que seja para assegurar uma garantia ou direito fundamental, pode-se dizer que há o ativismo judicial.

Nesse mesmo sentido, pode-se dizer que há atuação jurisdicional proativa quando se determina judicialmente que para uma determinada situação se haja conforme o que foi julgado por não haver lei infraconstitucional que regulamente o exercício daquele direito. Tal fato, inclusive, enseja ação de inconstitucionalidade por omissão legislativa, que é quando o Poder competente para regulamentar o exercício desse direito, - Poder Legislativo -, não enfrenta a matéria em tempo.

Ainda neste sentido, quando o Judiciário determina que a Administração Pública forneça determinado medicamento ou execute determinada obra, poderá estar inferindo na esfera de atuação do Poder Executivo. Não se vislumbra apenas de forma negativa esta atuação ativista. Por vezes têm o intento de proteger as minorias, dentro de sua atuação contra majoritária pela garantia da concretização dos direitos fundamentais. Todavia, merece atenção essa referida decisão para que não incorra em excessos e passe aí o Judiciário administrar ao invés do Executivo, interferindo assim no princípio constitucional da separação de poderes/funções estatais. Como será mais detalhadamente abordado adiante.

Para melhor vislumbrar o tema em tela passa-se a um conceito de ativismo judicial, este ato em confronto ao princípio da separação de poderes/funções do Estado, bem como a definição deste referido princípio e ainda neste objeto quanto a políticas públicas. Desta feita, depois de pormenorizado o assunto, adentra-se ao

conceito de direitos e garantias fundamentais para poder analisar a incidência do ativismo judicial na jurisprudência atual.

3.1 ATIVISMO JUDICIAL: CONCEITO E ORIGEM

A doutrina traz vários conceitos de ativismo judicial, todavia, este se depreende de uma atitude, não sendo um fato, configurando-se em uma determinada disposição do Poder Judiciário de expandir o seu campo de atuação de forma a levar a Constituição e os seus princípios a situações que não foram previstas expressamente. Vanice Regina Lírio do Valle, ao tratar da identificação do ativismo judicial elucida:

O problema na identificação do ativismo judicial reside nas dificuldades inerentes ao processo de interpretação constitucional. Afinal, o parâmetro utilizado para caracterizar uma decisão como ativismo ou não reside numa controvertida posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional. Mais do que isso: não é a mera atividade de controle de constitucionalidade – consequentemente, o repúdio ao ato do poder legislativo – que permite a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outro poder, perante casos difíceis. O problema está no caráter sempre controverso de se delimitar o que são casos difíceis.⁴⁴

Conforme Clèmerson Merlin Clève, o ativismo judicial caracteriza-se “por uma atuação jurisdicional forte, invasiva de domínios decisórios em geral pertencentes a outras esferas de poder, manifestando-se mais facilmente nos casos de omissão e de vazios de poder”⁴⁵.

Diante de uma situação contemporânea não alcançada pelo ordenamento jurídico devido a sua novidade, ou ainda perante uma determinada situação de omissão legislativa e até mesmo executiva, o juiz é compelido a proferir decisão que atenda ao direito das partes através de uma interpretação do texto da lei a luz dos princípios constitucionais, em vezes de forma extensiva além do mandamento legal.

Nesta seara, conforme Elival da Silva Ramos entende-se por ativismo judicial como sendo:

⁴⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do. (Org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, p. 21.

⁴⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 111.

[...] exercício da função jurisdicional para 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). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, contudo, que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.⁴⁶

Neste sentido, no que toca as situações contemporâneas não alcançadas pelo ordenamento ou ainda em casos de colisão de direitos igualmente previstos na legislação, cabe ao juiz a construção de forma argumentativa a solução para este deslinde. Principalmente no segundo caso, pelo qual a subsunção do fato a norma não se vislumbra suficiente para a solução devido a este embate de direitos de igual peso, não bastando a mera subsunção e análise de qual direito se aproximaria mais ao dispositivo fundamental da Constituição Federal em relação ao outro.

Não obstante o ativismo judicial vise o alcance de direitos por vezes não observados pela omissão do Poder Legislativo ou ante as disfunções do processo político, este não pode ameaçar o espaço legítimo da política majoritária. O protagonismo judiciário através de sua proatividade não pode expandir-se de modo à descompatibilizar sua atuação originária qual seja a aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto.

O ativismo judicial não é exclusividade do Poder Judiciário brasileiro e suas origens datam da jurisprudência norte-americana, sendo que em um primeiro momento tinha natureza conservadora. Luis Roberto Barroso descreve a atuação proativa da Suprema Corte dos Estados Unidos citando exemplos como quando a corte amparou a segregação racial no caso *Dred Scott v. Sanford*, 1857 e a invalidação das leis sociais em geral na era *Lochner*, 1905 a 1937, tendo ainda o confronto entre o presidente Roosevelt e a Corte, mudando a orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal no caso *West Coast v. Parrish*,

⁴⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.131.

em 1937.⁴⁷ Ainda conforme Luis Roberto Barroso, Somente a partir da década de 50 que a Corte norte-americana, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1953), começou a produzir jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, em sede de exemplificar, Citou casos como *Brown v. Board of Education* em 1954, proibindo a segregação racial nas escolas públicas, acusados em processo criminal no caso *Miranda v. Arizona*, 1966, mulheres no caso *Richardson v. Frontiero*, 1973, bem como no que diz respeito ao direito de privacidade no caso *Griswold v. Connecticut*, 1965 e de interrupção da gestação, no caso *Roe v. Wade*, 1973.⁴⁸

O ativismo judicial depende da judicialização. Para que haja esta atuação proativa do poder judiciário, faz-se necessário o ingresso de referida matéria na esfera judiciária para que ai possa haver a já citada atuação de forma expansiva. Seja para o preenchimento de alguma lacuna legal com a finalidade de garantia do exercício de direitos fundamentais, seja na extrapolação desta atuação de forma a inferir na esfera da atuação política.

A judicialização das questões da sociedade têm algumas causas. Uma delas é decorrente do modelo constitucional de 1988, mediante o qual a Carta Magna tem uma grande abrangência instituindo uma série de direitos e garantias aos cidadãos, trazendo para o texto constitucional matérias que em outro momento eram parte do processo político majoritário e da legislação ordinária, visto o momento histórico em que foi promulgada. O país saía de um regime autoritário de supressão de garantias individuais e hegemonia do Poder Executivo, sendo ainda por vezes violento, para um Estado Democrático de Direito.⁴⁹

A forma com que foi reorganizado o Estado bem como o Poder Judiciário, que deixou de ser um “departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros poderes.”⁵⁰ Com isto, foi trazido à apreciação deste, matérias

⁴⁷ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 16 out. 2018.

⁴⁸ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 16 out. 2018.

⁴⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 268.

⁵⁰ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 16 out. 2018.

que não chegavam a ser analisadas, compelindo o Poder Judiciário a se manifestar diante das mais variadas questões que não eram judicializadas, culminando desta forma no ingresso destes feitos para apreciação em juízo.

Neste sentido, Luis Roberto Barroso descreve:

Não se pode imputar aos Ministros do STF a ambição ou a pretensão, em face dos precedentes referidos, de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial. A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente.⁵¹

Ainda elencando as causas da judicialização, pode-se citar o fato de o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade ser híbrido, bastante abrangente com controle difuso e concentrado guardando elementos de origem europeia da *civil law* e também do sistema norte-americano da *common law*⁵².

Destarte a esta ponderação nem sempre quando se têm a judicialização há o ativismo judicial, não são expressões sinônimas nem simbióticas podendo haver a primeira sem necessariamente o julgador agir de forma proativa.

A judicialização é um fato decorrente em partes pela redemocratização do país culminando na promulgação da Constituição de 1988, ascendendo o judiciário de um departamento técnico-especializado se transformando em um poder político, com a tarefa de fazer valer a Constituição e as leis mesmo perante os outros poderes, como também se deve ao fato de a Carta Magna ser abrangente trazendo em seu texto matérias que antes eram analisadas pelo processo político majoritário bem como pela legislação infraconstitucional. Ainda como causa deste maior aforamento de questões pode-se citar o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade por ser abrangente, e podendo ser exercido de forma difusa ou concreta, ou seja, um sistema híbrido.⁵³ Diante desse fato, pode ou não haver o ativismo, considerando que o ativismo judicial é um ato do julgador que se expande para além do Poder Judiciário inferindo na esfera de atuação dos demais poderes.

⁵¹ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 16 out. 2018.

⁵² CLÉVE, 2014, p. 116.

⁵³ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 16 out. 2018.

Em contraponto ao ativismo judicial teria a autocontenção, a subsunção mecânica e o reducionismo interpretativo. O fato é enquadrado no que manda a norma, de forma limitadamente mecânica reduzindo a interpretação a aquilo que consta no texto legal de forma literal, conforme Elival da Silva Ramos:

Nos escritos dos autores que praticam o antipositivismo militante (embora nem sempre se filiando com clareza a alguma corrente teórica alternativa), lê-se, amiúde, que constituiria um dos eixos do positivismo jurídico a defesa da aplicação dos textos normativos mediante simples operações lógicas de subsunção, de índole dedutiva, em que o aplicador oficial do direito se limitaria a um mecânico enquadramento dos fatos comprovados (premissa menor) na hipótese normativa correspondente (premissa maior), com a imposição da sanção legalmente prevista. A subsunção em si constitui uma operação lógica inerente a todo e qualquer procedimento de aplicação de normas jurídicas, com a nota de que pressupõe a fixação inicial de um sentido provisório para a proposição prescritiva que serve como premissa maior, já tendo em vista as aplicações concretas que a partir dela se anteveem, bem como um manejar subsequente dos dados fáticos (premissa menor), tanto em termos de comprovação de sua existência, quanto em termos de seu enquadramento preliminar na classe de fatos descrita em abstrato no tipo legal, concluindo-se com a elaboração da norma de decisão que encerra o procedimento subsuntivo.⁵⁴

No tocante a autocontenção, o Poder Judiciário procura reduzir esta interferência nos outros poderes evitando aplicar a Constituição em situações que não estejam expressamente em sua incidência, aguardando assim um pronunciamento do legislador ordinário. Ainda neste sentido, o Judiciário utilizaria critérios mais rígidos para a declaração de inconstitucionalidade e não se manifestar de modo a interferir na definição de políticas públicas.⁵⁵

3.2 ATIVISMO JUDICIAL, SEPARAÇÃO E TRIPARTIÇÃO DE PODERES E O CONCEITO DE PODERES DO ESTADO

Sendo o ativismo judicial exercido de forma a extrapolar determinados limites, pode o Poder Judiciário adentrar-se na esfera de atuação tanto do Poder Executivo

⁵⁴ RAMOS, 2015, p. 67.

⁵⁵ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 16 out. 2018.

quanto do Poder Legislativo. Nesta senda, cabe delinear a noção de poder do Estado e o que fundamenta esta tripartição dos poderes e funções governamentais a órgãos diferentes, com o intento de não acumular o poder em apenas um indivíduo. O soberano que exerce as três funções do poder do Estado sem estar sujeito a uma limitação está mais suscetível ao cometimento de arbitrariedades.

O Estado como um grupo social máximo é dotado de poder para organizar a convivência dos indivíduos de forma harmoniosa se sobrepondo a estes. O poder é um fenômeno sociocultural, sendo fato da vida social.

O convívio neste grupo social impõe a cada indivíduo uma determinada conduta que coadune com os fins perseguidos por este grupo. Esta imposição é o poder que se define como uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins⁵⁶.

A concentração deste poder em uma única figura representante do Estado, responsável por organizar a convivência do grupo, poderia levá-la a cometer excessos no que tange a execução deste poder.

O princípio da separação de poderes advém da Grécia antiga sendo sugerido por Aristóteles em sua obra “A Política”, em que pese o referido autor não tenha feito a distinção entre atores das funções do estado, neste caso, vislumbrados nos atos estatais deliberativos, executivos e judiciais. Vindo a ser sugerido também por John Locke e Jean-Jacques Rousseau, tendo a sua definição e divulgação por Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de Montesquieu, em sua obra “O Espírito das Leis”. Nos moldes como é conhecida atualmente.⁵⁷

Para Montesquieu, a concentração destas funções estatais em um único homem poderia levá-lo ao abuso deste poder outorgado. Em seus dizeres “Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.”⁵⁸

No intento de haver um limite para o exercício de este poder, o referido autor postulou a necessidade de se delimitar e separar estas três funções do estado em atores diferentes para alcançar uma forma ideal de governo.

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2005. p. 106.

⁵⁷ Ibid., p. 109.

⁵⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das leis**. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo. Ediouro, 1987.p. 165.

Basicamente o poder estatal dividir-se-ia em suas funções legislativa (para criação de regras gerais abstratas e impessoais), função executiva (para a execução destas regras gerais e aplicação aos indivíduos) e função jurisdicional (para dirimir conflito de interesses entre os indivíduos)⁵⁹ sobrevivendo-se que o acúmulo destas funções na figura de apenas um indivíduo, tido como o soberano que concentrava o poder e o exercia sem limitações, o que fundamenta esta divisão em três órgãos distintos para execução destas funções no sentido de haver limitações entre si.

Leve-se em conta que o poder estatal é um só, apenas as suas funções vislumbradas no exercício do poder que são divididas.

Conforme Paulo Bonavides “o princípio da separação de poderes traçava, por indução, raias ao arbítrio do governante, em ordem a prevenir a concentração de poderes num só ramo da autoridade pública⁶⁰”.

Fundamentando-se a partir desta premissa de separação de poderes, esta divisão de funções do poder político do Estado, vislumbram-se algumas exigências básicas inerentes a esta forma como a independência orgânica e a especialização funcional. Quanto à independência orgânica, cada órgão componente do poder estatal tem autonomia em relação ao outro, quanto a sua composição, estruturação e atuação, não dependendo da confiança nem da vontade dos outros poderes⁶¹.

No tocante à especialização funcional, cada órgão exercerá o poder a que lhe é afeto sendo o legislativo responsável pela edição das leis, normas gerais e abstratas, ao executivo a administração do Estado mediante a aplicação do ordenamento jurídico e ao judiciário a solução de conflitos e a salvaguarda dos dispositivos legais.

Com a revolução francesa, esta concepção de separação de poderes tornou-se um dogma constitucional, tendo no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 a menção de que uma sociedade que não assegurasse a separação de poderes não teria constituição, dada a extrema relevância desta técnica para a garantia dos direitos do homem.⁶²

Esta separação rígida das funções pode ainda trazer, todavia, o distanciamento da finalidade do Estado que seria o bem estar social, tendo em uma nova concepção

⁵⁹ SILVA, op. cit., p. 108.

⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 10. ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2015. p.48.

⁶¹ SILVA, 2005, p. 110.

⁶² Ibid., p. 109.

não apenas a separação, mas também um equilíbrio e controle mútuo no intento de evitar o arbítrio e promover a harmonia entre os órgãos que exercem os poderes.

Através do princípio de freios e contrapesos, um poder exerce interferência pontual no outro com o intuito de manter o equilíbrio, exercitando um controle legítimo sem consubstanciar-se em subordinação. Quanto a este princípio pontua José Afonso da Silva:

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.⁶³

Desta feita, cabe salientar que não há exclusividade no exercício das funções de governo por serem atribuídas a órgãos autônomos, pois, lhe são assegurados controle recíproco através das interferências pontuais ao intento de manter a harmonia entre si. Há ainda que se dizer que a cada órgão é outorgado a possibilidade de exercer função atípica como a título de exemplo, quando o Judiciário edita normas dentro do seu organismo como regimento interno, ou ao Legislativo elaborar o orçamento necessário para seu funcionamento.

Na Constituição da República, em seu artigo segundo⁶⁴ têm-se a previsão da separação de poderes e a referência ao princípio de freios e contrapesos ao pronunciar que serão os poderes independentes e harmônicos entre si.

Pode-se vislumbrar, no caso de um Estado democrático que ao Poder Legislativo sendo outorgada a tomada de decisões editando leis a partir do debate político, como representante direto da sociedade, tem este poder, a primazia na tomada de decisões políticas. Cabendo ao Poder Judiciário ser deferente a esta decisão, devendo atuar apenas em casos de flagrante contrariedade ao que manda a Constituição Federal, e ao Poder Executivo aplicar a lei de ofício.

No Brasil, esta outorga da sociedade a representantes para o exercício do poder consubstancia-se já no artigo primeiro da Constituição da República em seu

⁶³ SILVA, 2005, p. 110.

⁶⁴ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

parágrafo único onde preceitua que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes ou diretamente, nos termos desta constituição.”⁶⁵

Para correntes tradicionalistas, o Judiciário, quando procede ao controle da constitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo, para não comprometer o princípio da separação de poderes, deve apenas legislar negativamente.⁶⁶ Desta forma, conforme esta visão deve o Judiciário considerando apenas a lei inconstitucional, deixar de aplicá-la no caso concreto ou considerá-la inválida com eficácia *erga omnes*.⁶⁷

Tomando como base esta posição, caberia ao Poder Judiciário apenas descrever o significado da norma na aplicação ao caso concreto sem trazer a lume um novo sentido àquilo que preceitua o ordenamento jurídico. Quanto a isto, Cambi traz a ponderação de que esta dependência ao que consta da lei inviabilizaria a concretização da Constituição:

Além disto, a dependência do texto normativo inviabiliza a concretização da Constituição. Afinal, é, no campo dos direitos fundamentais (especialmente, os direitos fundamentais sociais), onde se registram os principais precedentes de omissão legislativa. Ora, se o direito fundamental não pode ser efetivado, porque o sistema jurídico possui lacunas, cabe ao judiciário ‘dizer’ o direito no caso concreto para viabilizar a aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais, independentemente de lei (art. 5º, § 1º, da CF/88).⁶⁸

Em uma sociedade onde se enfrenta uma crise de representatividade dos cidadãos em face aos seus representantes eleitos, neste caso sendo o Poder Legislativo, este muitas vezes não enfrenta questões complexas a serem normatizadas, ficando a cargo do Poder Judiciário manifestar-se acerca destas questões que deveriam ser objeto de leis ordinárias, subordinadas ao processo político, em especial ao que diz respeito à efetiva concretização dos direitos e garantias fundamentais constantes da Carta Magna.

⁶⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁶⁶ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 289.

⁶⁷ CAMBI, loc. cit.

⁶⁸ Ibid., p. 290.

3.3 ATIVISMO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Políticas públicas dentro da democracia são todas as ações que o governo executa ou deixa de executar envolvendo conflito de interesses da sociedade. Devendo sempre ser estas ações feitas no intento de promover o bem-estar social. Traduzindo-se em benefícios coletivos ou individuais coletivamente fruíveis, as quais necessitam da atuação da administração pública sempre sob ao que delimita a Constituição Federal.

De uma forma sucinta Maria Sylvia Zanella Di Pietro define políticas públicas como “metas e instrumentos de ação que o Poder Público define para a consecução de interesses públicos que lhe incumbe proteger.”⁶⁹ Segundo a autora, a definição de políticas públicas implica em opções a serem feitas pelo Poder Público, externadas de variadas formas por diferentes instrumentos, como a Constituição Federal, as emendas à Constituição, os atos normativos do Poder Legislativo, do Poder Executivo e de órgãos e entidades da Administração pública.⁷⁰

As políticas públicas são a intervenção humana que se faz necessária para à materialização dos direitos fundamentais sociais⁷¹ e traduzem-se em Estado e Governo em ação. Didaticamente pode-se dividir a definição de políticas públicas em definição sob uma ótica política e, de outro prisma, administrativa.

Segundo Maria Paula Dallari Bucci, pode-se conceituar política pública como:

Programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados [...] visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, política pública deve visar à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.⁷²

A definição política de políticas públicas na democracia resume-se em um processo decisório que vai envolver conflito de interesses. Em uma sociedade

⁶⁹ DI PIETRO, 2015, p. 829.

⁷⁰ DI PIETRO, loc. cit.

⁷¹ CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**, São Paulo: Saraiva, 2011. p.56.

⁷² BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito in _____. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

composta por vários grupos, segmentos políticos, cada um com suas ideias, ideologias e aspirações políticas, debatem entre si como o Estado e o governo devem agir. Ou seja, o que o governo vai fazer ou deixar de fazer.

Por outro norte, a definição dada pela visão administrativa, políticas públicas são um conjunto de projetos, programas ou atividades governamentais. Sendo assim, uma vez tomada a decisão, o governo irá transformar esta decisão em um projeto, um programa ou atividade que vai entrar em execução.

Isto posto, cabe delinear que ainda existem definições sobre a diferenciação do que seria política de estado e política de governo.

Política de estado seria toda aquela ação que, independentemente do governo ou do governante, deverá ser executada de qualquer maneira. Já no que tange à política de governo, esta vai depender da alternância de poder. Cada governo geralmente tem o seu projeto, e, durante o período de seu mandato, irá transformar as ideias que constam em seu projeto em políticas públicas, que deverão ser executadas ao longo de seu governo.

Atualmente, no que toca às políticas públicas, este termo “público” não deve se restringir a ideia de gestão governamental tão somente. Este termo se aproxima mais à ideia de interesse público, que vai do governo até a sociedade, passando pelas diversas organizações da sociedade civil. Podendo incluir o que é chamado de terceiro setor e ainda o mercado.⁷³

Desta forma, as políticas públicas envolverão o primeiro setor, considerando como tal o Estado, o segundo setor, que consubstancia-se na iniciativa privada, e ainda o terceiro setor, que assim se definem as diversas organizações da sociedade civil sem fins lucrativos. A título de exemplo pode-se citar as organizações não governamentais, organizações da sociedade civil de interesse público, fundações, entidades filantrópicas, movimentos sociais, entre outras organizações.

O Brasil passou por períodos autoritaristas como, por exemplo, a ditadura militar que imprimiram na população a ideia de que eleitos os governantes estes sim a partir de então tomariam as decisões concernentes à administração do bem público e das necessidades da coletividade, ou seja, esse autoritarismo detinha um modelo muito centralizador de gestão pública. A ideia de políticas públicas para a sociedade civil era de que era algo que dizia respeito somente ao governo. Sem a necessidade

⁷³ SILVA, Christian Luiz da; SOUZA-LIMA, José Edmilson de. **Políticas públicas e indicadores para o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 5.

de participação desta. Atualmente, esta visão se modificou trazendo a ideia de que a noção de políticas públicas é uma construção coletiva entre o Estado e a sociedade civil.⁷⁴

Nesse sentido, Thiago Lima Breus destaca a participação social nas políticas públicas:

A ação estatal, que congrega a participação popular na tomada de decisão política, recebeu ampla referência na Carta Constitucional de 1988, que buscou promover uma descentralização do poder público e a promoção de uma regulação social das políticas, com o escopo de possibilitar uma efetiva interação entre a sociedade civil e o poder público, tanto no sentido da cooperação, quanto no planejamento, no monitoramento e na avaliação das políticas públicas.

Por aliar o exercício da cidadania, as políticas públicas igualmente se apresentam como o instrumento de ação estatal adequado à realidade contemporânea, fundada em um contexto de pluralismo social, em que o Estado se vê frente a inúmeras tarefas e exigências dificilmente conciliáveis entre si, o que exige a participação social.⁷⁵

Na execução das políticas públicas, embora o chamado terceiro setor interfira, não pode ser confundido com as políticas públicas. Sendo estas de alavancagem estatal, enquanto que o terceiro setor promove alavancagem não propriamente estatal. Quanto a isto, Gesta Leal sustenta que:

[...] precisam referir-se às políticas públicas geradas na imbricação da alavancagem propriamente estatal com alavancagem não-propriamente estatal, incorporando, por exemplo, processos de interlocução comunitária cotidiana através de mecanismos e instrumentos apropriados, institucionais ou não, como as organizações não-governamentais, movimentos populares, conselhos municipais institucionalizados etc.⁷⁶

Contudo, na figura do Estado como se tem a partir da Constituição Federal de 1988, não parece possível a realização do interesse público totalmente desvinculado do interesse privado, dada a vedação à existência de interesses públicos transcendentais. Conforme elucida Thiago Lima Breus:

⁷⁴ JUSTEN FILHO, 2015, p. 703.

⁷⁵ BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no estado constitucional: a problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p. 171. 2006.

⁷⁶ GESTA LEAL, 2000 apud APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 134.

Sob o paradigma do Estado Constitucional, não se pode visualizar a realização do chamado *interesse público* desvinculada da concretização igual de interesses privados, uma vez que são vedados interesses públicos transcendentais, isto é, que não guardem vinculação direta com a satisfação de direitos e interesses tanto individuais, quanto coletivos e/ou sociais. Além disso, face à multiplicidade de fins do Estado constitucional não parece mais adequado aludir-se apenas ao *interesse público*, senão nos interesses públicos, e, mais ainda, aos direitos, interesses e necessidades públicas, que representam os múltiplos objetivos a serem perseguidos (e/ou garantidos) pelo aparato estatal.⁷⁷

Desta feita, apesar da multiplicidade de atores na construção das políticas públicas, incumbe ao Poder Legislativo a criação e ao Poder Executivo a implementação destas, o Poder Judiciário não figura como ator na criação e implementação das referidas políticas, tendo como seu papel restrito ao de controle da constitucionalidade das leis e legalidade dos atos administrativos que dizem respeito às políticas públicas, mesmo quando se trata das omissões se forem consideradas antijurídicas⁷⁸.

Por se tratar de um instrumento adequado à concretização dos direitos fundamentais constantes na Constituição Federal - em especial atenção aos direitos sociais - as políticas públicas vêm sofrendo interferências pelo Poder Judiciário, de forma direta ou indireta, o que acarretaria certa ofensa ao princípio da separação de poderes.

Ao seu turno, a atividade do Poder Legislativo neste sentido é criar normas de conduta aos agentes públicos no intento de realizar os objetivos do Estado⁷⁹. Com isso, os agentes políticos representados na figura do Poder Administrativo, executam

⁷⁷ BREUS, Thiago Lima. **O governo por contrato(s) e a concretização de políticas públicas horizontais como mecanismo de justiça distributiva**. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p. 40. 2015.

⁷⁸ DI PIETRO, 2015, p. 832.

⁷⁹ Vários são os objetivos do Estado, como metas em sentido muito amplo podendo estas serem vislumbradas na Constituição Federal, já a partir de seu preâmbulo que diz: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que além disso, em seu texto, a Carta Magna traz vários exemplos, podendo-se citar o artigo 170 que fixa meta para a ordem econômica, o artigo 194 que estabelece como meta da seguridade social a garantia dos direitos relativos à saúde, à previdência, e à assistência social prontamente indicando os princípios a serem observados para a realização deste fim. Sendo estes apenas alguns exemplos, ainda segundo a autora, destas metas definidas pela Constituição e sendo dirigidas a todos os entes da federação e aos três Poderes do Estado.

as políticas públicas. “Caso esta atividade não se harmonize com os objetivos do Estado, a jurisdição promoverá o realinhamento necessário”⁸⁰. Sendo assim, se na execução ou mesmo na criação das políticas públicas não houver a correta persecução dos objetivos do Estado, fica o Poder Judiciário incumbido de atuar para que sejam observados os referidos objetivos. Todavia, este controle exercido pelo Poder Judiciário não traz uma garantia de que a política pública obterá sucesso.

O controle judicial das políticas públicas poderá ser exercido em caráter preventivo, concomitante ou ainda sucessivo à sua implementação, ou seja, pode ocorrer em três momentos distintos sendo eles na formulação, na execução ou avaliação.⁸¹

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro, se aplicado rigorosamente o princípio da separação de poderes, o Poder Judiciário não poderia exercer controle sobre as políticas públicas, uma vez que sua formulação é competência do Poder Legislativo e a implementação competência do Poder Executivo. Ficando restrito, o Poder Judiciário, apenas ao controle de legalidade⁸². Ressalte-se que para implementação das políticas públicas é necessário um planejamento prévio, além da destinação orçamentária de recursos públicos, que são insuficientes para o atendimento de todos os direitos, objetivos e metas constantes da Constituição Federal. Sobre isto elucida Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Rigorosamente, não pode o Judiciário interferir em políticas públicas, naquilo que a sua definição envolver aspectos de discricionariedade legislativa ou administrativa. O cumprimento das metas constitucionais exige planejamento e exige destinação orçamentária de recursos públicos. Estes são finitos. Não existem em quantidade suficiente para atender a todos os direitos nas áreas social e econômica. Essa definição está fora das atribuições constitucionais do Poder Judiciário. Este pode corrigir ilegalidades e inconstitucionalidades, quando acionado pelas medidas judiciais previstas no ordenamento jurídico, mas não pode substituir as escolhas feitas pelos poderes competentes.⁸³

Desta feita, ainda conforme a autora seria utopia acreditar que o Estado teria condições de cumprir com as metas constantes da Constituição Federal e satisfazer em sua totalidade aos direitos dos cidadãos. Daí o porquê de serem consideradas

⁸⁰ CANELA JUNIOR, 2011, p.57.

⁸¹ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 135.

⁸² DI PIETRO, 2015, p. 832.

⁸³ DI PIETRO, loc. cit.

estas normas como programáticas⁸⁴, uma vez que dependem de leis e medidas administrativas para sua concretização. Sendo assim, as políticas públicas se tornam necessárias para entre as tantas metas postas pela Carta Magna, definir quais deverão ser prioritariamente atendidas.

Tendo em vista que as políticas públicas podem ser consideradas como instrumento adequado para concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e considerando que o Estado Social é pródigo na proteção dos direitos fundamentais e na previsão de inúmeros serviços sociais como deveres do Estado, acaba-se visualizando o confronto entre o dever constitucional de atender às imposições constitucionais, que correspondem a direitos do cidadão (essenciais para garantir a dignidade da pessoa humana), e a escassez dos recursos públicos para atender a todos esses direitos.⁸⁵

Proveniente deste embate surge o que é chamado de reserva do possível. Este instituto é proveniente do direito alemão, e rege que os deveres impostos ao Estado têm a cumprir na atividade administrativa, devem ser realizados conforme haja a disponibilidade de recursos públicos⁸⁶. Quando há programa social implementado a partir do dever genérico previsto na Constituição Federal, ou ainda especificamente por lei aprovada pelo Congresso, o Poder Judiciário deverá intervir positivamente ao fim de assegurar a proteção da isonomia constitucional.

Ao programar políticas públicas, o Poder Executivo deve previamente analisar sua própria capacidade de financiamento, elaborar uma lei orçamentária anual que é apreciada e aprovada pelo Congresso Nacional, podendo ainda este efetuar emendas ao texto da lei. Embora possa acontecer de as estimativas do governo não corresponderem à realidade, se faz aí necessário uma emenda à lei orçamentária com

⁸⁴ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 49, n. 193, jan./mar. 2012. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496554/000940642.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 17 out. 2018. Conforme sustenta o autor, as normas constitucionais programáticas podem ser definidas, de maneira sintética, “como regras constitucionais que buscam conciliar interesses de grupos políticos e sociais antagônicos, apresentando conteúdo econômico-social e função eficaz de programa, obrigando os órgãos públicos, mediante a determinação das diretrizes que estes devem cumprir.”

⁸⁵ DI PIETRO, 2015, p. 832.

⁸⁶ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 49, n. 193, jan./mar. 2012. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496554/000940642.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 17 out. 2018.

o fito de suprir a alguma eventual situação contingencial. Ficando sujeito à intervenção do Poder Judiciário caso não observe esta referida capacidade.

O Poder Judiciário ao intervir em políticas públicas, não está invadindo a competência dos outros Poderes, bem como não usurpa a discricionariedade deles, pois, ao interferir nestas políticas, está o Poder Judicial atuando conforme sua própria competência, qual seja, intérprete e guarda da Constituição Federal. Deve o Poder Judiciário diante destas situações em que direitos fundamentais não são garantidos pela implementação das políticas públicas, garantir o núcleo essencial dos direitos fundamentais. O chamado mínimo existencial indispensável para a observação e concretização da dignidade da pessoa humana.⁸⁷

Sendo assim, o instituto da reserva do possível foi criado no intento de o Estado reconhecer que eventualmente é incapaz de atender a todas as demandas judiciais em que for requerido. Tal como em fornecimento de medicamentos, disponibilização de vagas em creches, questões relacionadas à segurança pública, seguridade social, entre outros exemplos.

A problemática que se enfrenta é que, quando da adoção deste instituto no ordenamento jurídico pátrio, este deveria ser utilizado em casos excepcionais, sendo observado como exceção e não como regra.⁸⁸

Neste panorama, para proteger um núcleo mínimo de direitos da alegação de que não há dotação orçamentária para sua implementação que fora adotado a tese do mínimo existencial, salvaguardando uma esfera de direitos mediante aos quais não poderá ser alegada a reserva do possível.

⁸⁷ DI PIETRO, 2015, p. 833.

⁸⁸ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 49, n. 193, jan./mar. 2012. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496554/000940642.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 17 out. 2018.

4 CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ATUAÇÃO JURISDICIONAL

Os direitos e garantias fundamentais constituem-se em instrumentos de proteção do indivíduo frente à atuação estatal. Sendo então o direito fundamental um direito protetivo, que garante o mínimo necessário para a existência da vida humana, tendo por premissa o princípio da dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais são declaratórios, ou seja, uma premissa oferecida pelo Estado à pessoa. Já as garantias fundamentais, vislumbram-se de uma disposição assecuratória, pois, constituem-se em um mecanismo necessário à defesa dos direitos fundamentais.

Desta forma, faz-se necessário uma análise do surgimento e evolução histórica dos direitos e garantias fundamentais, bem como a realidade na Constituição Federal Pátria. No tocante a direitos e garantias fundamentais, garantidos através da tutela jurisdicional traz-se uma breve análise de julgados da Corte Superior Brasileira e em sede de diferenciação a análise das decisões estruturais da doutrina norte-americana.

4.1 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Os direitos e garantias fundamentais constam do título II da Constituição Federal entre os artigos 5º ao 17º. Constituem-se em instrumentos de proteção do indivíduo frente a atuação estatal. Sendo então o direito fundamental um direito protetivo, que garante o mínimo necessário para a existência da vida humana, tendo por premissa o princípio da dignidade da pessoa humana.

Note-se que direitos e garantias não são sinônimos. Ambos são fundamentais, ou seja, ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana. Todavia, direitos são disposições declaratórias (bens e vantagens) previstos na norma constitucional. Sendo assim, o direito é uma prerrogativa oferecida à pessoa pelo estado.

No tocante a garantia, esta se dá de forma a ser uma disposição assecuratória, como sendo um instrumento necessário à defesa dos direitos consagrados pelo Estado, porém, sem serem respeitados em toda a sua extensão pelo poder público.

Concernente ao estudo dos direitos e garantias fundamentais na realidade da sociedade brasileira, faz-se mister um breve relato histórico do surgimento e evolução dos direitos e garantias fundamentais.

Conforme José Afonso da Silva, a primeira declaração de direitos fundamentais, em sua acepção moderna⁸⁹, foi a *Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia*, sendo esta uma dentre as treze colônias inglesas na América, datado de 12 de janeiro de 1776. Pautada nas teorias de Locke, Rousseau e Montesquieu, a Declaração de Virgínia circunscreveu as bases dos direitos do homem⁹⁰. Desta forma, a Declaração se preocupava com a estruturação de um governo democrático, com limitação de poderes. Todavia foi com a declaração de independência de autoria de Thomas Jefferson, e sendo posterior à Declaração de Virgínia que teve maior destaque por positivar os princípios norteadores dos direitos fundamentais.

Neste sentido histórico, cita-se também a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proferida pela assembleia constituinte francesa em 1789. Comparativamente, a Declaração de Virgínia era mais concreta visando a situação particular daquela sociedade, enquanto que a Declaração francesa se mostrava mais abstrata, universalizante.⁹¹

Os primeiros direitos fundamentais surgem com a necessidade de impor limites bem como controles aos atos praticados pelo Estado através das autoridades que o representam. Essas limitações exigiam um comportamento omissivo do Estado, de forma a se abster em favor da liberdade do indivíduo, ampliando o domínio da autonomia individual frente à ação estatal.⁹² Sendo assim, ficaram estes direitos fundamentais conhecidos como direitos fundamentais de primeira geração.

Cumprido salientar que a expressão “geração” sofre crítica por parte da doutrina, pois, passa a ideia de que foi superada a geração anterior com o advento da posterior tornando a anterior ultrapassada o que não ocorre, pois, o que se tem é uma evolução que amplia a dimensão dos direitos fundamentais previstos na geração anterior

⁸⁹ Sustenta o autor que, apesar de existirem Cartas Constitucionais anteriores, como a exemplo da Magna Carta de 1215 da Inglaterra não asseguravam direitos a todos os cidadãos, mas sim, a uma pequena parcela sendo eles os nobres, consubstanciando-se em uma carta feudal. Os direitos constantes desta carta não visavam garantir uma esfera irredutível de liberdades aos indivíduos, mas sim, assegurar o poder político dos barões perante a limitação de poderes do rei.

⁹⁰ SILVA, 2005, p. 153.

⁹¹ Ibid., p. 157.

⁹² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 125.

possibilitando também a modificação no modo de interpretar tais direitos.⁹³ Pode-se classificar também como dimensões dos direitos fundamentais.

Como direitos de primeira geração, têm-se que estes realçam o princípio da liberdade. Sendo os direitos civis e políticos ligados ao valor liberdade, sendo que dentro desta concepção de liberdade pode-se citar o direito à vida, à liberdade religiosa, bem como liberdade de crença, de locomoção, reunião, associação, direito à propriedade, participação política, à inviolabilidade de domicílio e segredo de correspondência. São direitos que se caracterizam pela imposição ao Estado de abster-se, um dever de não fazer, e não um fazer ou prestação estatal, destacando-se pelo seu caráter negativo.⁹⁴

Quanto aos direitos considerados como de segunda geração, estes se traduzem em direitos econômicos, sociais e culturais. Ligados ao princípio da igualdade entre os homens, sendo esta igualdade material (tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades.). Usualmente pode-se denominá-los de “direitos do bem-estar”, pois estes são direitos que são realizados através da implementação de políticas e serviços públicos, exigindo uma atuação positiva do Estado quanto a prestações sociais, dentre elas pode-se citar a saúde, educação, trabalho, habitação, previdência e assistência social. Seu surgimento se deu com o crescimento demográfico e a industrialização, inclusive com o agravamento das desigualdades e disparidades sociais no final do século XIX e começo do século XX. A população reivindicava a realização da justiça social através da atuação estatal, sendo esta atuação de forma a defender o mais fraco, para a promoção da igualdade substantiva.

No final do século XX, consagrou-se uma terceira geração de direitos fundamentais, estes pautados nos princípios da solidariedade e da fraternidade. Sendo estes atribuídos a todas as formações sociais, protegendo interesses de titularidade coletiva ou difusa. Podendo ser exemplificado como direito ao desenvolvimento, ao progresso, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à autodeterminação dos povos, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, à qualidade de vida, os direitos do consumidor e da infância e juventude.

⁹³ MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 196.

⁹⁴ MASSON, loc. cit.

Sinteticamente esta geração de direitos não se perfaz para a proteção única dos interesses individuais, de um grupo ou de apenas um Estado. Sua titularidade se dá de forma difusa ou coletiva, que dizem respeito ao gênero humano.

Atualmente, com a sociedade moderna globalizada discute-se o reconhecimento de uma quarta geração de direitos fundamentais no sentido de complementar as gerações anteriores, tendo, inclusive, autores que defendem o surgimento de uma quinta geração de direitos, sendo defendidos como direitos de quarta geração, por exemplo, o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Dependendo de uma sociedade aberta, em sua máxima universalidade.⁹⁵

Conforme distinção entre *status* dos direitos formulado por Georg Jellinek no final do século XIX, como sendo *status* passivo, *status* negativo, *status* positivo e *status* ativo.

Concernente ao *status* passivo (ou *status subjectionis*), têm-se que o indivíduo é detentor de deveres para com o Estado. Sendo assim, fica posto que o Estado detém competência para vincular o indivíduo, por intermédio de mandamentos e proibições.

No que toca ao *status* negativo, desta vez o Estado deve se abster de interferir em determinadas escolhas do indivíduo, permitindo que este goze de um espaço de liberdade para suas tomadas de decisões livres da ingerência dos Poderes Públicos.

Por outro norte, o *status* positivo (ou *status civitatis*) visualizado por Jellinek conceitua que o indivíduo poderá exigir que o Estado atue de forma positiva em seu favor. Podendo ser atuação através da oferta de bens e serviços principalmente os que sejam essenciais à sobrevivência digna com qualidade de vida da própria comunidade.

Quanto ao *status* ativo, têm-se que o indivíduo desfruta de competências para influir na formação da vontade estatal, utilizando-se como mecanismos para isto o exercício dos direitos políticos, manifestados, sobretudo, através do voto.⁹⁶

4.2 ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA E AS DECISÕES ESTRUTURAIS DA DOUTRINA NORTE-AMERICANA

⁹⁵ MASSON, 2016, p. 198.

⁹⁶ Ibid., p. 202.

A necessidade de intervenção do poder judiciário na execução de políticas públicas pelo poder executivo para fins de efetivação dos direitos fundamentais não é propriamente uma novidade no Brasil, tampouco uma exclusividade do nosso país.

De acordo com Sérgio Cruz Arenhart⁹⁷ cada vez mais o juiz assume um papel político e participa de forma mais efetiva na gestão da coisa pública e influi diretamente na adoção e realização de políticas públicas, principalmente para garantir o mínimo existencial e a igualdade material.

Porém, o juiz não só aplica o direito ao fato, mas concebe uma opção política, a propósito do bem jurídico ou do interesse social que merece maior proteção pelo Estado, determinando o interesse que deverá ser limitado.

Para tanto, o juiz deve considerar duas questões fundamentais – os princípios fundamentais do Direito e a sensibilidade com a realidade social. Nesse sentido, o juiz deve se atentar à realidade, pensar os possíveis resultados ou consequências de sua decisão, para não gerar uma realidade injusta.

Assim, o juiz deve ponderar, no caso concreto, o valor específico a ser dado aos interesses em conflito; a extensão da lesão ao interesse sacrificado e o privilégio a ser oferecido ao outro valor.

Em síntese, deve haver ponderação de interesses e aplicação dos princípios da proporcionalidade – em sentido estrito a fim de se obter o resultado mais vantajoso; da adequação – a fim de verificar quais os meios para se atingir a finalidade dos dispositivos legais e; da exigibilidade – a fim de averiguar qual o meio apresenta menor sacrifício possível ao interesse subjugado.

O juiz utiliza-se de sólidos elementos hermenêuticos e de alta dose de critérios político-valorativo. Ao utilizar critérios objetivos, pautados nas determinações constitucionais, o juiz não estará usurpando as atribuições de qualquer representante de outra Função do Estado ou a separação de poderes.

Nesse sentido, tendo em vista que o ordenamento brasileiro adota o balanceamento de poderes, há dificuldade em diferenciar a atividade jurisdicional da função legiferante. Nessa perspectiva, o poder judiciário encontra alguns supostos entraves - que em verdade inexistem - na interferência no poder jurídico como meio de tutela dos direitos fundamentais, quais sejam a discricionariedade do

⁹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário**. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, ano 1, número 1, 2009.

administrador; a suposta violação da tripartição dos poderes e necessidade da reserva do possível.

Quanto à discricionariedade do administrador, a mesma somente pode ser vista como espaço para, diante do caso concreto, eleger a solução mais adequada. A discricionariedade não significa entregar margem irrestrita de liberdade plena ao administrador. Nesse contexto, é cabível o controle judicial quando a opção do administrador for claramente ruim em face do caso concreto, por se distanciar das possíveis melhores opções que teria.

No que se refere à reserva do possível, tendo em vista que as políticas públicas muitas vezes revelam efetivação de garantias constitucionais, como direitos fundamentais, a falta de disponibilidade de caixa não pode tornar “letra morta” à determinação constitucional, tampouco permite anular a vinculação dos direitos fundamentais para o Poder Público.

Desse modo, os direitos fundamentais podem ser restritos pela reserva do possível somente para beneficiar outros direitos fundamentais, de modo que o poder judiciário deve aplicar a ponderação de princípios, sendo necessária a reserva do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Ademais, tais argumentos não pairam somente no campo doutrinário, mas são reafirmados nas diversas decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Aliás, conforme se verá adiante, é consolidado o entendimento do STF de que pode haver controle judicial das políticas públicas para garantir a efetivação dos direitos fundamentais sem que isso configure violação da separação dos poderes ou do princípio da reserva do possível, sendo que o mesmo não pode ser justificativa para o poder público se eximir da obrigação de implantar políticas públicas.

Inicialmente, diante da proposta de se analisar julgados do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, faz-se necessário tecer alguns esclarecimentos sobre o procedimento metodológico utilizado na pesquisa.

Em primeiro lugar foi realizada busca de julgados na seção de jurisprudência do site do STF utilizando-se o verbete “políticas públicas”. Através dessa busca foram encontrados 303 (trezentos e três) acórdãos.

Em segundo lugar, a partir dos 303 (trezentos e três) acórdãos localizados, foram selecionados os julgados mais recentes, de forma qualitativa, de acordo com a pertinência com o tema tratado nessa monografia, uma vez que a indexação do termo “políticas públicas” por vezes não condiz com o conteúdo do julgado.

A partir da busca e seleção de julgados é possível concluir que os direitos fundamentais que mais estão em pauta nos Tribunais são: saúde; segurança pública; acessibilidade de pessoas portadoras de necessidades especiais; educação; proteção da criança e do adolescente; acesso à justiça; meio ambiente; infraestrutura e saneamento básico e; direito à moradia.

Dentre desses inúmeros casos selecionados, dois merecem destaque especial. O primeiro deles refere-se ao Recurso Extraordinário nº 592581, de Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, no qual, em proteção a dignidade da pessoa humana, o STF determinou a execução de obras na casa do albergado de Uruguaiana/RS:

Ementa: REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL.

I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais.

II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial.

III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal.

IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido⁹⁸.

Conforme se depreende da análise do acórdão, as teses de ofensa ao princípio da separação dos poderes e a reserva do possível foram rechaçadas pelos julgadores. Para tanto, o fundamento utilizado foi de que no caso concreto a intervenção judicial que se mostrava necessária e adequada para preservar o valor fundamental da pessoa humana.

⁹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592581 – Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 23 outubro 2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 23 out. 2018.

Outro julgado muito polêmico na atualidade diz respeito ao fornecimento, pelo Estado, de medicamentos de alto custo. Os Recursos Extraordinários (REs) 566471 e 657718 tiveram repercussão geral reconhecida e tratam do fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Os Recursos Extraordinários ainda estão sob julgamento, mas alguns ministros já se posicionaram sobre o tema. De acordo com o acompanhamento processual no Supremo Tribunal Federal⁹⁹, o relator, ministro Marco Aurélio, foi o único a votar na sessão do dia 15 de setembro, quando o julgamento da matéria teve início. Na ocasião, o ministro se manifestou no sentido de negar provimento aos dois recursos, por entender que nos casos de remédios de alto custo não disponíveis no sistema, o Estado pode ser obrigado a fornecê-los, desde que comprovadas a imprescindibilidade do medicamento e a incapacidade financeira do paciente e sua família para aquisição, e que o Estado não pode ser obrigado a fornecer fármacos não registrados na agência reguladora. Em seguida, a análise dos recursos foi suspensa por um pedido de vista do ministro Luís Roberto Barroso.

Na sessão do dia 28 de setembro, o ministro Marco Aurélio manteve o voto, mas o aditou, reformulando a tese inicialmente proposta, apresentando novo texto para análise pelo Plenário.

O ministro Luís Roberto Barroso apresentou o voto-vista no dia 28 de setembro. Segundo ele, a questão central de seu voto está relacionada à judicialização da matéria e avaliou ser necessário desjudicializar o debate sobre saúde no Brasil. Para o ministro, “o Poder Judiciário não é a instância adequada para a definição de políticas públicas de saúde”, avaliou, ao entender que a justiça só deve interferir em situações extremas.

Quanto à hipótese de demanda judicial por medicamento não incorporado pelo SUS, inclusive aqueles que forem de alto custo, o ministro entende que o Estado não pode ser obrigado a fornecê-lo, como regra geral.

Assim, o ministro Luís Roberto Barroso propôs cinco requisitos cumulativos, que devem ser observados pelo Poder Judiciário para o deferimento de determinada prestação de saúde: “incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente;

⁹⁹ Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>. Acesso em 23 out. 2018.

demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; propositura da demanda necessária em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos é exclusiva desse ente federativo”.

Ele também destacou a necessidade de realização de diálogo entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área de saúde, como as câmaras e núcleos de apoio técnico, profissionais do SUS e Conitec. Tal diálogo, conforme o ministro, deverá ser exigido em um primeiro momento para verificar a presença dos requisitos de dispensação do medicamento. Em um segundo momento, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes – Conitec e o Ministério da Saúde – avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS mediante manifestação fundamentada.

Dessa forma, o ministro Luís Roberto Barroso desproveu o RE 566471 – sobre fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) – e formulou a seguinte tese de repercussão geral: “O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos”.

Já em relação ao RE 657718 – fornecimento de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) –, o ministro proveu parcialmente o recurso a fim de determinar o fornecimento do medicamento solicitado, tendo em vista que, no curso da ação, o remédio foi registrado perante a Anvisa e incorporado pelo SUS para dispensação gratuita. Em seu voto, o ministro considerou que, como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Anvisa por decisão judicial.

Ele propôs a seguinte tese de repercussão geral: “O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sem eficácia e segurança comprovadas, em nenhuma hipótese. Já em relação a medicamentos não registrados na Anvisa, mas com comprovação de eficácia e segurança, o Estado somente pode ser obrigado a fornecê-los na hipótese de irrazoável mora da agência em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias), quando preenchidos três requisitos: 1) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; 2) a existência de

registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e 3) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União”.

Em seguida, votou o ministro Edson Fachin pelo provimento parcial do RE 566471. Ele considerou que há direito subjetivo às políticas públicas de assistência à saúde, configurando-se violação a direito individual líquido e certo a sua omissão ou falha na prestação, quando injustificada a demora em sua implementação. De acordo com ele, “as tutelas de implementação (condenatórias) de dispensa de medicamento ou tratamento ainda não incorporado à rede pública devem ser – preferencialmente – pleiteadas em ações coletivas ou coletivizáveis, de forma a se conferir máxima eficácia ao comando de universalidade que rege o direito à saúde”.

Portanto, o ministro Edson Fachin entende que a prestação individual deve ser excepcional, além de ressaltar que para tal implementação deve existir ampla produção de provas, na qual se demonstre que a opção diversa – disponibilizada pela rede pública – decorre de comprovada ineficácia ou impropriedade da política de saúde existente para determinado caso “e que, de outro lado, haja medicamento ou tratamento eficaz e seguro, com base nos critérios da medicina baseada em evidências”.

Assim, o ministro propôs cinco parâmetros para que seja solicitado ao Poder Judiciário o fornecimento e custeio de medicamentos ou tratamentos de saúde. São eles: 1) necessária a demonstração de prévio requerimento administrativo junto à rede pública; 2) preferencial prescrição por médico ligado à rede pública; 3) preferencial designação do medicamento pela Denominação Comum Brasileira (DCB) e, em não havendo a DCB, a DCI (Denominação Comum Internacional); 4) justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento/ tratamento dispensado na rede pública; 5) e, em caso de negativa de dispensa na rede pública, é necessária a realização de laudo médico indicando a necessidade do tratamento, seus efeitos, estudos da medicina baseada em evidências e vantagens para o paciente, além de comparar com eventuais fármacos fornecidos pelo SUS.

Quanto ao RE 657718 [medicamentos sem registro na Anvisa], o ministro Edson Fachin votou pelo total provimento do recurso para determinar, no caso concreto, o fornecimento imediato do medicamento solicitado, tendo em vista que durante o trâmite do processo tal remédio foi registrado e incluído no âmbito da política

de assistência à saúde. Segundo ele, ao normatizar as regras de segurança, qualidade e eficácia, a Anvisa garante a participação de empresas e consumidores no mercado de medicamentos em condições mais equilibradas.

Em caso de controle da decisão regulatória, o ministro avaliou que o Poder Judiciário deve assumir uma “postura mais deferente” às escolhas técnicas ou democráticas, tomadas pelos órgãos competentes, “sem, contudo, deixar que a administração e as entidades regulatórias abstenham-se de prestar contas de sua atuação”. “Em termos práticos, isso impõe ao Estado o dever de dar transparência às decisões tomadas pelas agências reguladoras e a transparência deve atingir a todos os que forem afetados pela decisão”, completou.

De modo geral, o ministro considerou que para que a garantia do direito à saúde seja materializada pelo Poder Judiciário devem ser observadas, de modo não cumulativo, algumas premissas: 1) controle de legalidade (não deve haver erro manifesto na aplicação da lei, nem pode existir abuso de poder); 2) controle da motivação (aferir se as razões do ato regulatório foram claramente indicadas, estão corretas e conduzem à conclusão a que chegou a administração pública); 3) controle da instrução probatória da política pública regulatória (exigir que a produção de provas, no âmbito regulatório, seja exaustiva, a ponto de enfrentar uma situação complexa); e 4) controle da resposta em tempo razoável (que impõe à agência o dever de decidir sobre a demanda regulatória que lhe é apresentada, no prazo mais expedito possível).

O ministro propôs a seguinte tese: “No âmbito da política de assistência à saúde, é possível ao Estado prever, como regra geral, a vedação da dispensação, do pagamento, do ressarcimento ou do reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa”.

Nos dois recursos, em obediência ao princípio da segurança jurídica, ele sugeriu a preservação dos efeitos das decisões judiciais – sobre a presente questão constitucional submetida à repercussão geral – as quais tenham sido esgotadas nas instâncias ordinárias, inclusive as que se encontram sobrestadas até a data deste julgamento.

Dentro dessa perspectiva de necessária intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas para fins de efetivação dos direitos fundamentais, a doutrina norte-

americana criou as chamadas *structural injunctions*, que são as chamadas decisões estruturais¹⁰⁰.

Lá se percebeu que muitas decisões sobre questões coletivas exigiam respostas com várias medidas que se imponham gradativamente e se orientavam em uma perspectiva futura, tendo em conta a mais perfeita resolução da controvérsia como um todo, evitando que a decisão judicial se convertesse em problema maior do que o litígio que foi examinado.

Assim, considerando a dificuldade em satisfazer de pronto o direito postulado e a variedade de problemas encontrados, por exemplo, em escolas e estabelecimentos prisionais – assim como ocorre no Brasil – autorizou-se a criação de planos, cuja execução seria acompanhada pelo poder judiciário, que tendessem a eliminação dos problemas enfrentados naqueles estabelecimentos. Então, conseguiu-se mais aderência a realidade social e efetivação plena na solução do litígio.

Diante disso, tem-se que a referida técnica também se mostra adequada ao Brasil, posto que haveria menor ingerência do Poder Judiciário sobre as políticas públicas.

Porém, a aplicação da técnica de decisões estruturais também encontra alguns entraves. Em primeiro lugar há que se reconhecer, mais uma vez, que a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas não configura violação a separação dos poderes. Ainda, tem que haver uma atenuação do princípio da demanda – e o coordenado dever de correspondência entre pedido e sentença, que fixa os limites máximos daquilo que o juiz pode conferir ao autor.

¹⁰⁰ Sobre o tema ver ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro**. Revista de Processo, vol. 222/2013, p.389.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho abordou a discussão doutrinária existente acerca da possibilidade ou não de o Poder Judiciário controlar os atos administrativos discricionários praticados pelo Poder Executivo para assegurar a concretização dos direitos fundamentais.

Como visto, o ato administrativo é um ato jurídico que decorre do exercício da função administrativa sob o regime jurídico de direito público, apresentando-se como ato administrativo vinculado e ato administrativo discricionário.

Diferem-se estas formas de ato entre si pelo fato de o ato administrativo vinculado ter todos os seus elementos previamente previstos em lei, não havendo margem de deliberação para o administrador público, devendo executá-lo estritamente conforme o mandamento legal. Já no que toca ao ato administrativo discricionário, existe liberdade de escolha na execução do ato, todavia, respeitando os contornos delineados pela legislação. Ainda neste sentido, esta margem de deliberação não alcança a todos os elementos do ato, cabendo juízo de conveniência do administrador público ao motivo e ao objeto do ato.

Ainda assim, o administrador público deve respeitar além do princípio da legalidade, tantos outros princípios que regem o Direito Administrativo decorrentes da Constituição Federal ou ainda de leis infraconstitucionais.

Concernente ao mérito do ato administrativo pode-se aduzir que é o juízo de conveniência e oportunidade que o administrador faz quando tem discricionariedade. Sendo esta a liberdade para escolher enquanto o mérito é a escolha feita através desta liberdade, no que tange a alguns elementos formadores do ato quais sejam o motivo e o objeto. Ficando sempre vinculados à previsão legal os outros elementos quais sejam a competência, finalidade e a forma.

Desta feita, apenas a própria administração pública pode fazer um determinado controle no mérito, nem mesmo nesse caso, um juiz no exercício de sua função jurisdicional poderá inferir no mérito do ato administrativo discricionário.

Por outro norte, tem-se que no Estado de Direito cada órgão compositor do poder tripartite têm sua função própria, onde ao Legislativo cabe à edição de normas gerais e abstratas e ao poder executivo cabe delimitar esta norma geral e abstrata ao

caso concreto. Não se pode confundir, inclusive, a discricionariedade administrativa com a discricionariedade judicial.

A discricionariedade judicial é aplicada no controle da implementação de políticas públicas, outorgando poder ao magistrado em confronto com casos de difícil resolução, como é, em geral, as controvérsias acerca das políticas públicas. Defendendo a obtenção de critérios de racionalidade e proporcionalidade na avaliação das decisões judiciais proferidas nestes casos.

No entanto, na prática, o que se observa na jurisprudência é que o Poder Judiciário muitas vezes acaba por fazer esse controle do ato administrativo discricionário com vistas a assegurar a concretização dos direitos fundamentais, seja por inércia do Poder Legislativo que não enfrentou determinada matéria, seja por omissão do Poder Executivo, que, deixou de atender a uma necessidade básica do cidadão alegando falta de recursos, utilizando-se do princípio da reserva do possível.

Esta dita interferência do Poder Judiciário nos outros poderes/funções do Estado, acaba denominando-se ativismo judicial. Considerando-se as mudanças sociais trazidas com a Constituição da República de 1988, que, ascendeu o judiciário de um departamento técnico especializado que apenas aplicava a lei ao caso concreto, a um poder essencial à manutenção do Estado, houve um maior aforamento de questões que antes não eram trazidas à apreciação deste. Com isto, houve uma judicialização da política ou ainda, a população trouxe ao judiciário o enfrentamento de questões controversas principalmente no tocante aos direitos e garantias fundamentais que deveriam ser enfrentados pelo Poder Legislativo que não o foram.

Conceitualmente o ativismo judicial se depreende de uma atitude, não sendo um fato, configurando-se em uma determinada disposição do Poder Judiciário de expandir seu campo de atuação de forma a levar a Constituição e os seus princípios a situações que não foram previstas expressamente.

Conclui-se, portanto, com o desenvolvimento do presente trabalho que o controle jurisdicional dos atos administrativos, no contexto social contemporâneo se faz necessário devido aos problemas de representatividade que a política majoritária vem enfrentando. Os cidadãos não se sentem representados pelos integrantes do Poder Legislativo, nem do Poder Executivo, a quem cabe fornecer o mínimo existencial para o cidadão, assegurando os seus direitos fundamentais, através de leis editadas pelo Legislativo e a execução destas pela Administração. Todavia, o que ocorre na prática é que o Poder Legislativo não enfrenta questões que não lhe traga

popularidade, ou seja, que não lhe traga votos, garantindo assim sua manutenção no poder. Enquanto que o Poder Executivo deixa muitas vezes de assegurar direitos fundamentais ao cidadão por sua ingerência sob a alegação de falta de recursos. É neste panorama que o ativismo judicial toma força, mas ainda assim dentro do que é a função do Poder Judiciário, de exercer uma política contra majoritária e assegurar o cumprimento das leis, pois, os direitos fundamentais estão expressamente previstos na Constituição Federal.

Por derradeiro, apesar de necessário no panorama contemporâneo, o ativismo judicial deve ser cuidadosamente observado para que não extrapole os limites da razoabilidade.

REFERÊNCIAS

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

ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário**. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, ano 1, número 1, 2009.

_____. **Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro**. Revista de Processo, vol. 222/2013.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 16 out. 2018.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos, Fundamentos, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 10. ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592581 – Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 23 outubro 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 23 out. 2018.

BREUS, Thiago Lima. **O governo por contrato(s) e a concretização de políticas públicas horizontais como mecanismo de justiça distributiva**. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2015.

_____. **Políticas públicas no estado constitucional: a problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito in _____. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**, São Paulo: Saraiva, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

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

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio 1977 apud ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos**. 3. ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2008.

GESTA LEAL, 2000 apud APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

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

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das leis**. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo. Ediouro, 1987.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 49, n. 193, jan./mar. 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496554/000940642.pdf?sequence=1>

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Christian Luiz da; SOUZA-LIMA, José Edmilson de. **Políticas públicas e indicadores para o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2005.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. (Org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos**. 3. ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2008.