



INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MATEUS DE AMORIM GOUVÊA

**DEMOCRACIA EM REDES: A TEORIA DA COMPLEXIDADE E O
PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS CASOS QUE ENVOLVEM
DIREITOS SOCIAIS**

Brasília

2016

MATEUS DE AMORIM GOUVÊA

**DEMOCRACIA EM REDES: A TEORIA DA COMPLEXIDADE E O
PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS CASOS QUE ENVOLVEM
DIREITOS SOCIAIS**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público como um dos requisitos para a obtenção do grau de Especialista em Direito Constitucional.

Brasília

2016

MATEUS DE AMORIM GOUVÊA

**DEMOCRACIA EM REDES: A TEORIA DA COMPLEXIDADE E O
PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS CASOS QUE ENVOLVEM
DIREITOS SOCIAIS**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público como um dos requisitos para a obtenção do grau de Especialista em Direito Constitucional.

Aprovado em ____/____/____

Ao

Observatório Social de Maringá, por toda a inspiração.

“Conectar computadores é um trabalho. Conectar pessoas é uma arte.”

(Eckart Wintzen)

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é averiguar o papel do Ministério Público, no panorama atual de elaboração complexa de políticas públicas, sob o prisma da teoria jusfilosófica do neoconstitucionalismo, que gerou conexões entre os sistemas jurídico e político, e proporcionou decisões judiciais ativistas no âmbito dos direitos sociais. Para realizar tal proposição, primeiramente far-se-á uma explanação acerca do que representa a superação da teoria do ordenamento pela ideia de sistema constitucional e a tensão que isso gerou quanto aos critérios de definição de funções, com foco nos embates atuais sobre direitos sociais e políticas públicas entre os Poderes Judiciário e Executivo. Evidenciada tal problemática, parte-se para uma análise da teoria da complexidade com o escopo de evidenciar, num diagnóstico interdisciplinar, o aumento da complexidade na civilização global pós-moderna como uma tendência que atine a todas as áreas do conhecimento e que, especificamente nos sistemas jurídico e político, resultam na necessidade de um novo e já incipiente paradigma para a elaboração de políticas públicas, focado no conceito de democracia em redes ou democracia participativa. A partir daí, baseado numa leitura contemporânea das previsões constitucionais sobre o Ministério Público, propõe-se um novo modelo de interação entre comunidades locais e as instâncias governamentais, com o protagonismo do *Parquet* na gestão de diálogos institucionais e de conflitos sociais em temas de políticas públicas.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Políticas públicas. Teoria da complexidade. Democracia em redes. Diálogos institucionais. Ministério Público.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to investigate the role of public prosecution in the current panorama of complex public policy development, through the prism of jusphilosophical neoconstitutionalism theory, which generated connections between the legal and political systems, and provided activists court decisions under the social rights. To accomplish such a proposition, first is going to be done an explanation about what the overcoming of kelsenian law system by the idea of constitutional system represents and the tension it generated to the function definition criteria, focusing on the current discussions on the social rights and public policy between the Judiciary and the Executive. Highlighted this problem, it is proceeded to an analysis of complexity theory with the purpose to evidence complexity rising in the postmodern society, in a multidisciplinary diagnosis, as a trend that atine to all areas of knowledge and that, specifically in the legal and political systems, results in the need for a new and already incipient paradigm for the development of public policies, focused on the concept of networks democracy or participatory democracy. Thereafter, based on a contemporary reading of the constitutional provisions of public prosecution, a new interaction model between local community and and government bodies is proposed, with the protagonism of public prosecution in the management of institutional dialogue and social conflicts in public policy issues.

Keywords: Neoconstitucionalism. Public policy. Complexity theory. Network democracy. Public Prosecution.

LISTA DE SIGLAS

AC: Apelação Cível

ACP: Ação Civil Pública

ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ANVISA: Agência Nacional de Vigilância Sanitária

CET-SP: Companhia de Engenharia de Tráfego de São Paulo

CF: Constituição Federal

CNJ: Conselho Nacional de Justiça

CNMP: Conselho Nacional do Ministério Público

DF: Distrito Federal

IC: Inquérito Civil

Km: Quilômetro

LINDB: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

MP: Ministério Público

MPDFT: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

MPE: Ministério Público dos Estados

MPSP: Ministério Público do Estado de São Paulo

MPU: Ministério Público da União

PL: Projeto de Lei

RE: Recurso Extraordinário

REsp: Recurso Especial

SLAT: Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela

STA: Suspensão de Tutela Antecipada

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

SUS: Sistema Único de Saúde

TAC: Termo de Ajustamento de Conduta

TJDFT: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

TJRS: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

USP: Universidade de São Paulo

UTI: Unidade de Terapia Intensiva

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A HERMENÊUTICA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	12
1.1 A superação da teoria do ordenamento pela ideia de sistema constitucional...	12
1.2 O surgimento do Neoconstitucionalismo no Brasil	16
1.3 Ativismo judicial e tensão na definição de funções entre os Poderes Judiciário e Executivo	19
<i>1.3.1 Caso Classe Escola Samambaia</i>	20
<i>1.3.2 Caso Hospital Padre Jeremias</i>	21
<i>1.3.3 Caso Fosfoetanolamina</i>	23
<i>1.3.4 Caso ciclovias de São Paulo</i>	25
2 O AUMENTO DA COMPLEXIDADE NA ELABORAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E O PAPEL DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS	29
3 DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS, GESTÃO PARTICIPATIVA E MINISTÉRIO PÚBLICO	44
3.1 Premissas	44
3.2 Casos judiciais revisitados	52
<i>3.2.1 Caso Escola Classe 121 de Samambaia: impossibilidade jurídica do pedido?</i>	52
<i>3.2.2 Caso Hospital Padre Jeremias: intervenção judicial e discricionariedade do administrador público</i>	54
<i>3.2.3 Caso Fosfoetanolamina: descoordenação</i>	55
<i>3.2.4 Caso ciclovias de São Paulo: intervenção em macroescala</i>	56
4.3 Estatísticas sobre a judicialização no Ministério Público	57
CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS	68
ANEXOS	72
Anexo A - Erros de projetos nas ciclovias de São Paulo	73

INTRODUÇÃO

A crise política brasileira parece ter chegado ao seu ápice no corrente ano de 2016. A operação Lava Jato, desencadeada pela Polícia Federal, levou ao Judiciário o protagonismo na reação institucional a um patrimonialismo e a um aparelhamento estatal que têm sido grandes entraves ao desenvolvimento social no País, e que têm raízes profundas, fincadas em um distanciamento da classe política com relação à sociedade, em oligarquias que se utilizam do poder econômico para barganhar interesses pessoais através do controle do poder político.

O distanciamento das decisões políticas com relação à população, nas últimas décadas, com a chegada ao Brasil de variadas linhas de pensamento jusfilosófico a que se conceituou como neoconstitucionalistas, tem encontrado no Judiciário uma válvula de escape do sistema político-governamental à resistência da classe política às mudanças sociais. Desta forma, juízes passaram a possuir um instrumento que lhes possibilita atuar de uma maneira mais intervencionista em decisões políticas tidas por ilegítimas frente à Constituição Federal, que prevê uma série de garantias e direitos sociais.

Entretanto, dois problemas são imediatamente encontrados no ativismo judicial, desencadeado pela força normativa da Constituição, base do pensamento neoconstitucionalista: (a) os membros do Judiciário, embora não sejam eleitos dentro do atual sistema político-eleitoral brasileiro, foco de intervenção do poder econômico na Política, também fazem parte de instituições estatais, que na modernidade se encontram afastadas dos movimentos sociais e, dessa forma, não representam os interesses de movimentos difusos e coletivos da população; (b) o ativismo judicial, quando bem manejado, no máximo ataca o efeito da problemática do afastamento do sistema político com relação à sociedade, qual seja, a má implementação de políticas públicas, nunca a sua causa.

Diante dessa realidade, o objetivo geral desta pesquisa é, pois, buscar soluções que enfrentem a causa da problemática: como aproximar a elaboração de políticas públicas das pessoas que são afetadas por elas de forma mais direta?

Essa proposição de aproximação, pelas razões já elencadas, não passa pela judicialização dos direitos sociais e, portanto, necessita, em algum grau, da participação da instituição governamental responsável por judicializar grande parte das demandas em direitos sociais, o Ministério Público. Por outro ponto de análise, a Carta de 88 prevê, no seu art. 127, que ao *Parquet* incumbe a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, tendo este, por conseguinte, a função constitucionalmente

prevista de aproximação das políticas públicas à sociedade, em defesa da democracia, dos interesses sociais e da própria ordem jurídica, que deve ser interpretada no sentido de sempre buscar ampliar os meios de participação direta do cidadão nas decisões políticas. Entretanto, o Ministério Público, sendo instituição estatal, assim como o Judiciário, somente pode ser agente de aproximação da população ao sistema de desenvolvimento de políticas públicas quando a incentiva. A democracia participativa e os meios pelos quais o MP pode incentivá-la serão, assim, temática desta pesquisa.

Concomitantemente à investigação do papel do Ministério Público nessa problemática, este estudo sondará os motivos do afastamento das instâncias governamentais, na atualidade, dos movimentos sociais e, para tanto, a própria complexidade do mundo moderno será analisada, numa linha de pesquisa interdisciplinar, com o objetivo de encontrar soluções a partir das causas da problemática central.

Por fim, a teoria da complexidade será instrumentalizada para que se proponha, no último capítulo, meios pós-modernos de atuação do MP para que este possa, numa leitura contemporânea, atender aos objetivos constitucionais de defesa da ordem jurídica, do regime democrático (notadamente a democracia participativa) e dos interesses sociais.

1 A HERMENÊUTICA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Este capítulo tem por escopo analisar os fenômenos e as mudanças de paradigma no Direito que foram a base para a judicialização¹ da política. Longe de objetivar o esgotamento da temática, buscar-se-á nele trazer as linhas iniciais sobre a tensão atual na definição de competências entre o Judiciário e o Executivo, no sentido de, no segundo capítulo deste trabalho, estudar o aumento da complexidade na elaboração de políticas públicas e propostas de atuação do Ministério Público para construção de um sistema cooperativo entre entidades governamentais, Poder Judiciário e comunidades envolvidas em litígios difusos e coletivos.

1.1 A superação da teoria do ordenamento pela ideia de sistema constitucional

A teoria do ordenamento jurídico possui raízes na Idade Média, período de início das grandes sistematizações. Nesse período houve o surgimento dos “primeiros indicativos do pensamento jurídico sistemático em oposição ao pensamento prudencial tópico predominante até então”².

Neste sentido, Tomás de Aquino foi de fundamental importância, na medida em que partiu da dicotomia aristotélica entre direito natural e positivo e estabeleceu o trinômio *lex aeterna*, *lex naturalis*, *lex positiva*, sendo que a primeira seria o fundamento principiológico do sistema, de cunho divino e inalcançável à compreensão do homem, havendo uma escala hierárquica desta em direção à última³. Já se encontra presente, nessa fase, a metodologia lógico-dedutiva, pois “os elementos normativos estão encadeados de forma lógica a partir de uma norma fundamental (lei eterna), onde a razão é a mediadora na passagem de um nível ao outro”⁴.

¹ Segundo Teixeira, a judicialização da política representa: “(1) a expansão do poder dos juízes e a consequente transferência do poder de criação normativa, característico do Legislativo, para o Judiciário; e (2) a criação de métodos e técnicas decisórias fora daquilo que habitualmente tem sido utilizado.” (TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 37-58, jan.-jun. 2012)

² MARRAFON, Marco Aurélio. *Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial “entre” o sentido da estrutura e a estrutura do sentido*. Brasília: 2012. p. 51.

³ MARRAFON, Marco Aurélio. *Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial “entre” o sentido da estrutura e a estrutura do sentido*. Brasília: 2012. p. 52.

⁴ MARRAFON, Marco Aurélio. *Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial “entre” o sentido da estrutura e a estrutura do sentido*. Brasília: 2012. p. 54.

Porém, inobstante a centelha de sistema evidenciada, nesse período o direito é aplicado através de um pensamento prudencial próprio, não sendo possível falar-se numa ciência do direito ou num sistema fechado⁵.

A teoria do ordenamento tem em Hans Kelsen o marco do seu desenvolvimento. Elucubrou o jusfilósofo uma teoria sistemática do direito de cunho estruturalista. Trata-se da pirâmide hierárquica kelseniana, *unidade formal* que tem na Norma Fundamental⁶ a sua condição de existência e validade e “cuja superioridade hierárquica é baseada na autoridade e não no conteúdo”⁷, diferentemente da ideia de sistema típica das doutrinas jusnaturalistas, as quais, segundo Kelsen, evidenciariam confusão de valores materiais com características formais.

Assim, para Kelsen, norma válida é aquela “obtida de acordo com a autoridade da norma imediatamente superior, independente do seu conteúdo”⁸. Desse modo, p. ex., o sistema formal não invalida uma norma fruto de um autoritarismo, contanto que esta norma seja proveniente de uma autoridade subsumida de poder (legítimo), segundo o preceito da Norma Fundamental. Esta é o fundamento de validade de todas as normas do ordenamento.

O filósofo do direito teoriza, ademais, o fechamento do ordenamento, afastando qualquer questão metafísica (elementos axiológicos, éticos, políticos, entre outros) do objeto da ciência jurídica⁹. Daí a predicação da sua teoria como “pura”. O direito, dessa forma, passa a ser visto como a ciência do “dever ser”, que tem como objeto a norma. Isto advém de uma das características marcantes do positivismo kelseniano, o formalismo. Assim, a conduta somente passa a ser juridicamente relevante quando prevista a priori pela norma (divisão entre esta e o fato), é dizer, “o significado jurídico é dado sempre pela norma e não pelo fato”¹⁰.

⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, dominação, decisão**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996. p. 61.

⁶ Na teoria kelseniana, a Norma Fundamental é um apriorismo que dá sustentação teórica a todo o sistema de cunho formalista, como descreve Marco Marrafon: “[...] a Norma Fundamental é tida a priori como objetivamente válida, não pode ser posta em questão e nem ter sua validade fundamentada num processo silogístico, mas antes em função da legitimidade do poder de quem tinha autoridade para formulá-la.” (MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial “entre” o sentido da estrutura e a estrutura do sentido**. Brasília: 2012. p. 60.)

⁷ KELSEN *apud* MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial “entre” o sentido da estrutura e a estrutura do sentido**. Brasília: 2012. p. 59.

⁸ MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial “entre” o sentido da estrutura e a estrutura do sentido**. Brasília: 2012. p. 59.

⁹ MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial “entre” o sentido da estrutura e a estrutura do sentido**. Brasília: 2012. p. 62.

¹⁰ MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial “entre” o sentido da estrutura e a estrutura do sentido**. Brasília: 2012. p. 62.

Conseqüentemente, se elimina em tese o problema de lacunas pela norma geral de permissão, perfazendo-se o dogma da completude e do fechamento do sistema.

Porém, a questão não se esgota na norma geral de permissão, pois o teórico austríaco dispõe sobre a ficção jurídica da teoria da lacuna, criação do legislador, limitadora do arbítrio judicial, para os casos em que a não previsão normativa “pode proporcionar um resultado insatisfatório em determinado contexto social”. Nesse caso, permite-se “que os tribunais criem uma norma individual para os casos nos quais não exista uma regra jurídica específica”, a exemplo, no caso do Brasil, do suprimento de lacunas através da aplicação do art. 4^o¹¹ da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)¹².

Dadas as premissas da teoria do ordenamento, passa-se a discorrer sobre a sua superação e advento da ideia de sistema constitucional.

Os horrores ocasionados pelo nazifascismo e pelas guerras na Europa trouxeram à pauta de discussões o compromisso do direito com a justiça e a ética. Nesse contexto, surge a proposta metodológica de Theodor Viehweg a qual, muito embora fortemente criticada pela doutrina devido, entre outros fatores, ao abandono do paradigma de sistema, “promove um deslocamento do eixo de discussão do método jurídico”, assentando-o “no problema, no fato, o ponto de partida de toda a aplicação do direito”¹³.

Numa tentativa de superar o positivismo de aspecto totalitário, que “reduzia a ciência do direito ao aspecto norma”, Viehweg propõe um modelo aproximado “metodologicamente à dialética aristotélica e suas categorias operacionais”¹⁴.

Porém, como afirmado acima, esse modelo não vingou, devido à negação do paradigma de sistema, inobstante tenha legado aspectos seus, como a retomada da dialética na aplicação do direito, à doutrina que desenvolveu o conceito de sistema constitucional.

Partindo-se da matriz kantiana, na qual “todos os conceitos de sistema trazem as idéias de ordenamento e de unidade”, a doutrina jusfilosófica desenvolveu um conceito de *sistema aberto*, contraposto ao exacerbado formalismo do positivismo clássico¹⁵.

¹¹ Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

¹² MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial “entre” o sentido da estrutura e a estrutura do sentido**. Brasília: 2012. p. 63.

¹³ VIEHWEG *apud* MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial “entre” o sentido da estrutura e a estrutura do sentido**. Brasília: 2012. p. 111.

¹⁴ MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial “entre” o sentido da estrutura e a estrutura do sentido**. Brasília: 2012. p. 97-99.

¹⁵ MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial “entre” o sentido da estrutura e a estrutura do sentido**. Brasília: 2012. p. 110.

Segundo Canaris, a ideia de ordem é resultado do reconhecimento do postulado da justiça (“tratar o igual de modo igual e o diferente de modo diferente”); a unidade, por sua vez, atende aos princípios da igualdade (garante a ausência de contradição e de decisões opostas ou arbitrárias) e da segurança jurídica (determinabilidade e previsibilidade do Direito)¹⁶. O estudioso em análise define sistema como uma *ordem teleológica de princípios gerais do Direito* e destes advém a percepção da unidade interna e da adequação da ordem jurídica. Seriam quatro as características dos princípios: 1. os princípios não valem sem exceção e podem entrar entre si em oposição ou em contradição; 2. eles não têm a pretensão de exclusividade; 3. eles ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas; 4. eles precisam, para a sua realização, de uma concretização através de subprincípios e valores singulares, com conteúdo material próprio¹⁷.

Com essa mudança paradigmática disposta por Canaris, há de se verificar uma das maiores inovações da noção de sistema constitucional: a força normativa dos princípios. *A norma passa a ser um gênero que se subdivide em duas espécies: norma-regra e norma-princípio*¹⁸. O reconhecimento dos princípios como normas (de forte conteúdo axiológico) descaracterizou os sistemas jurídicos positivistas como sistemas hermeticamente fechados e o Direito como uma Ciência “pura”. Ademais, o sistema abstrato de normas dá lugar a um método que envolve análise do caso concreto através de subprincípios ou valores autônomos os quais são dotados de conteúdo material.

A norma, nesse sistema, é entendida não de forma isolada, mas como parte ordenada por alguns princípios. Nesse sentido, “a interpretação sistemática deixa de ser mera interpretação a partir do sistema exterior da lei e passa a incidir sobre a argumentação retirada do sistema interno, colocando-se como um prolongamento da interpretação teleológica e num

¹⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm *apud* MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial “entre” o sentido da estrutura e a estrutura do sentido**. Brasília: 2012. p. 111.

¹⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm *apud* MARRAFON, Marco Aurélio. *Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial “entre” o sentido da estrutura e a estrutura do sentido*. Brasília: 2012. p. 111-112.

¹⁸ Para Luiz Flávio GOMES, baseado em DWORKIN e ALEXY, a teoria geral do direito estabelece distinções entre regras e princípios nos seguintes termos: “[...] o Direito se expressa por meio de normas. As normas se exprimem por meio de regras ou princípios. As regras disciplinam uma determinada situação; quando ocorre essa situação, a norma tem incidência; quando não ocorre, não tem incidência. Para as regras vale a lógica do tudo ou nada (Dworkin). Quando duas regras colidem, fala-se em “conflito”; ao caso concreto uma só será aplicável (uma afasta a aplicação da outra). O conflito entre regras deve ser resolvido pelos meios clássicos de interpretação: a lei especial derroga a lei geral, a lei posterior afasta a anterior etc.. Princípios são as diretrizes gerais de um ordenamento jurídico (ou de parte dele). Seu espectro de incidência é muito mais amplo que o das regras. Entre eles pode haver “colisão”, não conflito. Quando colidem, não se excluem. Como “mandados de otimização” que são (Alexy), sempre podem ter incidência em casos concretos (às vezes, concomitantemente dois ou mais deles).” (GOMES, Luiz Flávio. **Normas, Regras e Princípios: Conceitos e Distinções**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7527/normas-regras-e-principios>> Acesso em: 14 mar. 2016)

grau que deve progredir da *ratio legis* para a *ratio iuris*”. A integração de lacunas, por sua vez, envolve um processo de “determinação dos valores fundamentais da ordem jurídica, da qual surgem os princípios gerais”¹⁹.

O grau de discricionariedade do julgador, dessa forma, passa a ser maior, dado que não cabe a este simplesmente o método lógico-dedutivo de subsunção da norma geral à conduta. O sistema, mais fluido, “realça o papel decisivo da interpretação bem ponderada, em virtude do manejo concertado de princípios no bojo do sistema jurídico, tomado e concebido em sua dinamicidade”²⁰.

O sistema, então, se liberta da clausura do positivismo kelseniano e abre-se ao diálogo com outros subsistemas sociais (autonomia operativa). A compreensão do caso concreto a partir das disposições legais passa a ser entendida como “um processo circular de construção mútua de sentido a partir de um determinado contexto histórico e existencial”²¹. Tem-se, dessa forma, a transição de um modelo axiomático-dedutivo para o modelo axiológico-teleológico.

1.2 O surgimento do Neoconstitucionalismo no Brasil

A transição paradigmática analisada no tópico anterior ocorreu na Europa, em linhas gerais, após a Segunda Guerra Mundial. No Brasil, a abertura para o regime democrático, com a Constituição Federal de 1988, propiciou mudanças de paradigmas que, embora contenha características próprias à conjuntura do País, segue tendências jusfilosóficas assemelhadas às da Europa do pós-guerra.

A esse giro paradigmático, no Direito brasileiro, denominou-se “neoconstitucionalismo”, palavra também utilizada em outros países da América do Sul, na Espanha e na Itália. São características compartilhadas pelos neoconstitucionalistas: (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores

¹⁹ MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial “entre” o sentido da estrutura e a estrutura do sentido**. Brasília: 2012. p. 114-115.

²⁰ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 40.

²¹ MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial “entre” o sentido da estrutura e a estrutura do sentido**. Brasília: 2012. p. 126.

constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário²².

A última característica disposta acima, qual seja, a judicialização da política, tange de forma mais direta a proposta desta pesquisa. Entretanto, antes de adentrar mais especificamente na questão da judicialização de políticas públicas, há de se perquirir, com base no contexto evidenciado do neoconstitucionalismo, como ocorreu a judicialização dos direitos sociais no Brasil.

Afirma Luís Roberto Barroso, ao destacar a importância do reconhecimento da força normativa da Constituição, ocorrida nos últimos anos:

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.²³

Com efeito, “na cultura jurídica brasileira de até então (antes de 1988), as constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas não passando muitas vezes de meras fachadas”²⁴ com efetividade normativa praticamente nula.

O primeiro fator que propiciou o reconhecimento da força normativa da Constituição foi o próprio sistema de direitos fundamentais, garantias e rol de legitimados para ações constitucionais, trazidos por uma constituição democrática:

²² SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: RT, 2009. p. 74.

²³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: *THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*. Fortaleza, v. 4, n. 2, jul.-dez. 2006. p. 04-05.

²⁴ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: RT, 2009. p. 85.

A Assembléia Constituinte de 1987/1988, que coroou o processo de redemocratização do país, quis romper com este estado de coisas, e promulgou uma Constituição contendo um amplo e generoso elenco de direitos fundamentais de diversas dimensões – direitos individuais, políticos, sociais e difusos – aos quais conferiu aplicabilidade imediata (art. 5º, Parágrafo 1º), e protegeu diante do próprio poder de reforma (art. 60, Parágrafo 4º, IV). Além disso, reforçou o papel do Judiciário, consagrando a inafastabilidade da tutela judicial (art. 5º, XXXV), criando diversos novos remédios constitucionais, fortalecendo a independência da instituição, bem como do Ministério Público, e ampliando e robustecendo os mecanismos de controle de constitucionalidade. Neste último tópico, ela democratizou o acesso ao controle abstrato de constitucionalidade, ao adotar um vasto elenco de legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103) e ampliou o escopo da jurisdição constitucional, ao instituir no Brasil o controle da inconstitucionalidade por omissão, tanto através de ação direta como de mandado de injunção.

[...] Assim, é praticamente impossível que alguma questão relevante seja resolvida no âmbito parlamentar sem que os perdedores no processo político recorram à nossa Corte Suprema, para que dê a palavra final à controvérsia, com base na sua interpretação da Constituição. E tal modelo vem se aprofundando desde 88, com a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade e regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.²⁵

O segundo fator foi a doutrina constitucionalista pós-88, a exemplo de Luís Roberto Barroso, Paulo Bonavides e Lenio Streck, que albergou o arcabouço normativo da Carta Cidadã e lhe deu nova operacionalidade, ao adotar posicionamentos pós-positivistas, no que posteriormente veio a se denominar “neoconstitucionalismo”, como afirmado anteriormente.

E, *last but not least*, houve uma gradual mudança de postura do Poder Judiciário – desde a primeira instância até o Supremo Tribunal Federal²⁶ – consistente no fenômeno, a ser analisado mais detalhadamente no próximo tópico, conhecido como ativismo judicial.

²⁵ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2009. p. 86-87.

²⁶ “Porém, há um componente curioso na recepção deste novo paradigma jurídico pelo Judiciário brasileiro. Embora ainda não existam estudos empíricos a este respeito, tenho a forte intuição de que a penetração destas novas idéias associadas ao neoconstitucionalismo é forte na cúpula e na base da hierarquia judicial, mas ainda tímida nos seus escalões intermediários. E as causas não são de difícil compreensão. Em relação à cúpula – os Ministros do STF –, as razões já foram explicadas acima [transição dos ministros nomeados durante o governo militar para ministros de grande reputação acadêmica, no período democrático]. Já no que tange à base do Judiciário, boa parte dos juízes de 1º grau teve a sua formação num ambiente acadêmico que já valorizava o Direito Constitucional, e reconhecia a força normativa dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais. Assim, eles tendem a levar para a sua prática profissional esta visão do Direito. Porém, sobretudo na 2ª instância, composta majoritariamente por magistrados que se formaram e foram socializados no seu meio institucional sob a égide do paradigma jurídico anterior, muito mais voltado para os códigos e para a letra da lei do que para a Constituição e seus princípios, há maior resistência à incorporação dos novos vetores constitucionais. Contudo, este fenômeno tende a diminuir com o tempo, seja pela consolidação do paradigma constitucional emergente, seja pela promoção de magistrados mais antenados com o novo constitucionalismo, seja até pela influência do pensamento e das orientações da cúpula do Judiciário sobre todas as instâncias.” (SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2009. p. 94-95)

Atrelado ao neoconstitucionalismo, o ativismo mitigou a clássica definição e separação entre as funções estatais e gerou uma tensão na definição de competências entre os Poderes Judiciário e Executivo.

1.3 Ativismo judicial e tensão na definição de funções entre os Poderes Judiciário e Executivo

O neoconstitucionalismo, como visto anteriormente, criou um aparato complexo no sistema jurídico que propiciou o surgimento do fenômeno do ativismo judicial.

Essa expressão (ativismo judicial) tem origem nos Estados Unidos, no início do século XX, e denota, segundo Keenan D. Kmiec, uma visão de indissociabilidade, pelos *judicial activists*, entre Direito e Política, “o que impediria existir uma resposta ‘correta’ em definitivo, pois toda decisão judicial importaria uma escolha política do julgador”²⁷. Assim, mesmo as decisões que impusessem uma pretensa divisão entre Direito e Política, autorrestringindo (*self-restraint*) a atuação do órgão do Judiciário, representariam uma escolha política do julgador de legar para as instâncias clássicas de decisões políticas a função de decidir o conflito social posto em juízo.

Neste estudo, far-se-á divisão entre decisões ativistas e decisões autorrestritas ou *minimalistas*²⁸: estas constituem sentenças ou acórdãos de acordo com o papel clássico do Juiz na teoria moderna da divisão dos Poderes, é dizer, são decisões cujo conteúdo não geram tensão com as funções típicas do Legislativo ou do Executivo; aquelas constituem sentenças ou acórdãos que mitigam a visão clássica de divisão entre os poderes.

No Brasil, o Judiciário, após a Carta de 88 e com o desenvolvimento da doutrina do neoconstitucionalismo, passou a proferir algumas decisões de conteúdo tipicamente ativista, na medida em que, dentro da teoria clássica de separação dos poderes estatais, adentraram searas do Legislativo ou do Executivo. No STF, são exemplos emblemáticos o caso do benefício assistencial (ADI 1.232, RE 580.963, RE 567.985), o caso das uniões homoafetivas

²⁷ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, São Paulo, jan.-jun. 2012, p. 39.

²⁸ Sobre o tema, cf. o pensamento pragmático-minimalista de Cass R. Sunstein, em *A Constitution of many minds: why the Founding Document doesn't mean what I meant before*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

(ADI 4.277 e ADPF 132), o caso do aborto dos anencéfalos (ADPF 54). Esses casos geraram tensão entre o Judiciário e o Legislativo²⁹.

O ativismo judicial, no País, surge num contexto de patrimonialismo crônico e de oligarquias presentes na atividade política do Legislativo e do Executivo³⁰. No que tange aos direitos sociais, o ativismo geralmente se relaciona a políticas públicas, as quais tradicionalmente encontram no poder Executivo vetor de implementação. Contudo, juízes ativistas passaram a coagir o poder público a construir escolas em bairros carentes, a conceder medicamentos caros a pacientes com doenças raras, entre outras práticas de impacto direto na elaboração dessas políticas.

Com o objetivo de verificar em casos concretos a tensão atual na definição de funções entre o Judiciário e o Executivo, passa-se a analisar alguns casos em que ela se fez presente.

1.3.1 *Caso Classe Escola Samambaia*³¹

Em sede de ação civil pública, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios alegou precariedade das instalações da escola Classe 121, localizada em Samambaia/DF. Em caráter liminar, requereu a interdição de quatro dos cinco blocos que compõem a Escola Classe 121 de Samambaia, com a transferência dos alunos para escolas próximas à região, garantindo-lhes transporte gratuito para deslocamento, bem como que o Distrito Federal incluísse na dotação orçamentária e financeira no Projeto de Lei Orçamentária Anual 2010 para a reforma da Instituição. No mérito, pugnou pela condenação do Distrito Federal à reconstrução da Escola Classe 121 de Samambaia, em até 1 ano, utilizando-se dos mesmos

²⁹ CARVALHO FILHO, José S. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. In: XIMENES, Julia Maurmann (org.). **Judicialização da política e democracia**. Brasília: IDP, 2014. p. 36.

³⁰ “O ativismo judicial representa, em última instância, a deslegitimação da Política em relação à sua tarefa essencial de buscar a realização dos valores determinados pela sociedade no cotidiano dessa mesma sociedade. Corrupção, política como sinônimo de defesa de interesses meramente partidários, bem como burocratização estatal, são três componentes sociológicos que corroboram para fortalecer o mito do juiz Hércules no subconsciente coletivo e culminar na crescente judicialização das relações sociais” (TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. **Revista Direito GV**, São Paulo, jan.-jun. 2012, p. 38). Esse tipo de ativismo judicial, reativo a um patrimonialismo oligárquico, que marginalizou grupos vulneráveis, é um fenômeno comum a vários países na América do Sul (cf. YEPES, Rodrigo Uprimny. *A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos*. Trad. Pedro Soares. **Revista internacional de direitos humanos**, n. 6, ano 4, 2007.).

³¹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. AC 2009.01.1.157961-7, Rel. Des. João Egmont, j. 12.09.2012.

padrões adotados pela Secretaria de Educação à época da decisão, sob pena de pagamento de multa diária no importe de cinco mil reais.

O Distrito Federal, por sua vez, alegou impossibilidade jurídica do pedido, na medida em que o MPDFT estaria interferindo diretamente na seara exclusiva de outro poder. Argumentou, ademais, que a determinação de inclusão de obra em orçamento implicaria em indevida intervenção do Judiciário na elaboração do orçamento público, pois haveria limitação no orçamento que exige escolha de prioridades, em razão da reserva do financeiramente possível.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, ao julgar a apelação/reexame necessário em comento, afastou a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, pois alegou ser juridicamente possível o pedido formulado pelo Ministério Público, haja vista a possibilidade de intervenção judicial nos casos em que direitos difusos e coletivos estejam sendo afetados:

Garantir condições de aprendizado, incluindo-se em relação à estrutura física de instituições de ensino, é uma das atribuições do administrador, o qual não pode negar tal direito à comunidade ao argumento simplório de que não há previsão em orçamento e que o judiciário não pode adentrar no mérito administrativo.

[...]

Não se trata de uma opção da Administração Pública primar pelos direitos sociais de educação e proteção à infância, e sim um dever imposto pela Constituição Federal (art. 6º e 227) e pela Lei Orgânica do Distrito Federal (art. 3º, VI).³²

Outrossim, manteve a decisão do Juízo de 1º grau, a qual determinou que o Distrito Federal promovesse a inclusão na Lei Orçamentária Anual dotação orçamentária para reformar a Escola Classe 121 de Samambaia, bem como fazer a reforma da escola, nos padrões adotados pela Secretaria de Educação para as demais escolas de Rede Pública de Ensino, com a reconstrução gradual dos blocos provisórios e a reforma do bloco de alvenaria.

*1.3.2 Caso Hospital Padre Jeremias*³³

O Ministério Público do Rio Grande do Sul promoveu ação civil pública em desfavor do Estado, pleiteando a condenação desse a implementar ações para dotar o Município de Cachoeirinha da gestão plena do Sistema Único de Saúde, haja vista que o referido município contava apenas com um hospital, alegando que o número de leitos seria insuficiente ao

³² DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. AC 2009.01.1.157961-7, Rel. Des. João Egmont, j. 12.09.2012.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.068.731/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 17.02.2011.

atendimento à população local. Requereu o Ministério Público que o Estado fosse compelido a disponibilizar permanentemente, além dos já existentes no hospital Padre Jeremias, tantos leitos clínicos quantos fossem necessários além da capacidade instalada do hospital, exclusivamente para os usuários que ingressarem em atendimento no Sistema pelo Hospital Padre Jeremias.

Em segundo grau, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou o pleito do MP, alegando que a disponibilização de leitos clínicos e em UTI suficientes ao suprimento da demanda de atendimento de pacientes no Hospital Padre Jeremias, de Cachoeirinha – embora o direito à saúde seja assegurado a todos pela Constituição Federal – faria parte de uma gama de prioridades do administrador público e que o Poder Judiciário não poderia intervir na Administração Pública:

É certo que o direito à saúde é assegurado a todos pela Constituição Federal, sendo a falta de leitos hospitalares um sério problema a ser considerado.

Há, todavia, inúmeros outros direitos constitucionalmente assegurados, igualmente não implementados devido à falta de verbas, incumbindo exclusivamente à atividade administrativa resolver a questão, sob pena de a conduta do administrador restar pautada pelo ajuizamento e decisões prolatadas em ações civis públicas, comprometendo a independência entre os Poderes.³⁴

O Superior Tribunal de Justiça, contudo, reformou a decisão do tribunal *a quo* e deu provimento ao pleito do MP, com fulcro no art. 196 da Constituição Federal³⁵. Fundamentou-se da seguinte forma:

É certo, portanto, que a falta de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo – UTIs no Município viola, gravemente, o direito à saúde e afeta o mínimo existencial de toda a população local, cuidando-se, pois, de direito difuso a ser protegido. Estando ainda intrinsecamente ligado ao direito à vida, deve ser tratado com prioridade pelo ente público.

Em regra geral, descabe ao Judiciário imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. Entretanto, como tudo no Estado de Direito, as políticas públicas se submetem a controle de constitucionalidade e legalidade, mormente quando o que se tem não é exatamente o exercício de uma política pública qualquer, mas a sua completa ausência ou cumprimento meramente perfunctório ou insuficiente.³⁶

³⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AC 70018769539, Rel. Carlos Eduardo Zietlow Duro, j. 12/04/2007.

³⁵ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.068.731/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 17.02.2011.

Assim, o Judiciário decidiu, mais uma vez, por bem dos ditames constitucionais, imiscuir-se em políticas públicas.

1.3.3 *Caso Fosfoetanolamina*

A fosfoetanolamina ficou famosa nos noticiários brasileiros por boatos de melhoria no quadro de saúde, e até mesmo de cura, em pacientes com diversos tipos de câncer .

No centro das discussões sobre o uso da substância está a Universidade de São Paulo – USP, que realizou estudos sobre a mesma como produto químico (não como medicamento). Alega a Universidade, em nota de esclarecimento publicada em sua página oficial na internet, em 13 de outubro de 2015:

Essa substância não é remédio. Ela foi estudada na USP como um produto químico e não existe demonstração cabal de que tenha ação efetiva contra a doença: a USP não desenvolveu estudos sobre a ação do produto nos seres vivos, muito menos estudos clínicos controlados em humanos. Não há registro e autorização de uso dessa substância pela Anvisa e, portanto, ela não pode ser classificada como medicamento, tanto que não tem bula.

Além disso, não foi respeitada a exigência de que a entrega de medicamentos deve ser sempre feita de acordo com prescrição assinada por médico em pleno gozo de licença para a prática da medicina. Cabe ao médico assumir a responsabilidade legal, profissional e ética pela prescrição, pelo uso e efeitos colaterais – que, nesse caso, ainda não são conhecidos de forma conclusiva – e pelo acompanhamento do paciente.

Portanto, não se trata de detalhe burocrático o produto não estar registrado como remédio – ele não foi estudado para esse fim e não são conhecidas as consequências de seu uso.³⁷

Entretanto, pacientes com câncer e seus familiares, levados pela esperança de um tratamento mais eficaz contra a doença, ou mesmo a sua cura, têm buscado a substância como tratamento alternativo. Iniciou-se, assim, uma onda de liminares judiciais obrigando, com base nos direitos à vida e à saúde, a USP a fornecer o produto. Esta, por sua vez, afirma, igualmente na nota de esclarecimento divulgada em 13 de outubro de 2015, não possuir condições de produzir a substância em larga escala, o que lhe imputa atividade diversa de sua finalidade constitucional e legal, por se tratar meramente de uma instituição educacional e de pesquisa:

³⁷ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **USP divulga comunicado sobre a substância fosfoetanolamina.** Disponível em: <<http://www5.usp.br/99485/usp-divulga-comunicado-sobre-a-substancia-fosfoetanolamina/>> Acesso em: 10 abr. 2016.

A USP não é uma indústria química ou farmacêutica. Não tem condições de produzir a substância em larga escala, para atender às centenas de liminares judiciais que recebeu nas últimas semanas. Mais ainda, a produção da substância em pauta, por ser artesanal, não atende aos requisitos nacionais e internacionais para a fabricação de medicamentos.

Por fim, alertamos que a substância fosfoetanolamina está disponível no mercado, produzida por indústrias químicas, e pode ser adquirida em grandes quantidades pelas autoridades públicas. Não há, pois, nenhuma justificativa para obrigar a USP a produzi-la sem garantia de qualidade.

Os mandados judiciais serão cumpridos, dentro da capacidade da Universidade.³⁸

Diante da onda de liminares que obrigaram a USP a conceder a fosfoetanolamina a pacientes, a instituição propôs, perante o STF, pedido de suspensão de tutela antecipada. O Min. Ricardo Lewandowski decidiu manter o fornecimento da substância enquanto houver estoque remanescente, embora tenha ressaltado “a inexistência de estudos científicos que atestem que o consumo da fosfoetanolamina sintética seja inofensivo ao organismo humano”³⁹.

No requerimento de suspensão de tutela em apreço, o Ministério Público Federal opinou pela suspensão do fornecimento, uma vez que

a inviabilidade de se garantir o fornecimento de substância que sequer é considerada medicamento, sem pesquisas conclusivas sobre a sua toxicidade, eficácia e segurança, a ausência de demonstração inequívoca da imprescindibilidade do seu uso para a sobrevivência e melhora da saúde de pacientes com câncer, a violação de regras sanitárias e de biossegurança, o impacto na prestação dos serviços públicos de saúde e de educação e o efeito multiplicador da tutela antecipada são circunstâncias que revelam a ocorrência do risco de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.⁴⁰

Em outra ponta da polêmica se encontra a ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que é uma agência reguladora com competência administrativa para registrar e permitir a comercialização de medicamentos no Brasil. Quando a fosfoetanolamina começou a ser demandada por pacientes com câncer, não havia estudos definitivos sobre sua eficácia como medicamento, como assinalado por nota de esclarecimento da agência reguladora, divulgada em 15 de setembro de 2015:

³⁸ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **USP divulga comunicado sobre a substância fosfoetanolamina.** Disponível em: <<http://www5.usp.br/99485/usp-divulga-comunicado-sobre-a-substancia-fosfoetanolamina/>> Acesso em: 10 abr. 2016.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 828, Min. Ricardo Lewandowski, DJ 07.04.2016.

⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF suspende eficácia da lei que autoriza uso da fosfoetanolamina.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317011>> Acesso em: 24 maio 2016.

No caso da Fosfoetanolamina, a Anvisa não recebeu qualquer pedido de avaliação para registro desta substância, tampouco pedido de pesquisa clínica, que é a avaliação com pacientes humanos. Isto significa que não há nenhuma avaliação de segurança e eficácia do produto realizada com o rigor necessário para a sua validação como medicamento.⁴¹

Posteriormente, o Governo do Estado de São Paulo iniciou testes da substância em mil pacientes⁴². Os primeiros resultados sobre a real eficácia da fosfoetanolamina, contudo, são desanimadores⁴³.

O caso em estudo não somente atraiu a atuação judicial, com liminares obrigando a concessão da substância pela USP. Sua alta repercussão também atraiu interesses políticos no Congresso Nacional. Este aprovou o Projeto de Lei 4639/16, que autoriza a produção e o uso da fosfoetanolamina sintética como medicamento. A Presidente Dilma Rousseff sancionou o referido PL e em 13 de abril de 2016 entrou em vigor a Lei 13.269, permitindo o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna.

Indignada com a publicação da referida Lei, a Associação Médica Brasileira (AMB) ingressou com a ADI 5501 e, em 19 de maio de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia da Lei 13.269/2016⁴⁴.

1.3.4 Caso ciclovias de São Paulo⁴⁵

Uma das marcas da gestão do prefeito Fernando Haddad tem sido a extensa implantação de ciclovias pela cidade de São Paulo. Segundo dados disponíveis no sítio eletrônico da Prefeitura⁴⁶, a malha cicloviária da cidade atingiu, em abril de 2016, 401,8 km. Destes, 305,2 km foram inaugurados pela atual gestão.

⁴¹ ANVISA. **Pesquisas clínicas sobre fosfoetanolamina não foram encaminhadas à ANVISA**. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/anvisa+portal/anvisa/sala+de+imprensa/menu++noticias+anos/2015/pesquisas+clinicas+sobre+fosfoetanolamina+nao+foram+encaminhadas+a+anvisa>> Acesso em: 10 abr. 2016.

⁴² ANVISA. **ANVISA apoia iniciativa do Governo de São Paulo de testar fosfoetanolamina em humanos**. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/anvisa+portal/anvisa/sala+de+imprensa/menu++noticias+anos/2015/anvisa+apoia+iniciativa+do+governo+de+sao+paulo+de+testar+fosfoetanolamina+em+humanos>> Acesso em: 10 abr. 2016.

⁴³ LOPES, Reinaldo José. **'PÍLULA do câncer' é reprovada em primeiro teste oficial**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2016/03/1752429-pilula-do-cancer-e-reprovada-em-primeiro-teste-oficial.shtml>> Acesso em: 10 abr. 2016.

⁴⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF suspende eficácia da lei que autoriza uso da fosfoetanolamina**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317011>> Acesso em: 24 maio 2016.

⁴⁵ SÃO PAULO. Ministério Público. IC 414/14. 3ª Promotoria de Justiça de Habitação e Urbanismo.

⁴⁶ SÃO PAULO, Secretaria Executiva de Comunicação. **Zona norte ganha ciclovia de 2,3 quilômetros**. Disponível em: <<http://www.capital.sp.gov.br/portal/noticia/10740>> Acesso em: 5 abr. 2016.

O Ministério Público de São Paulo, em 17 de março de 2015, alegando reclamações de munícipes sobre irregularidades e problemas na concepção do projeto urbanístico dessas cicloviárias, entre outras questões, como a não promoção de ações educativas visando à formação de comportamento seguro e responsável no uso da bicicleta e do espaço compartilhado, propôs ação civil pública contra o Município de São Paulo. Em âmbito constitucional, alegou-se ofensa aos arts. 29, XII, e 182 da Constituição da República⁴⁷ e aos arts. 180, I, II e V, da Constituição do Estado de São Paulo⁴⁸.

Assinale-se que o Ministério Público, no conteúdo da ação civil pública em apreço, alegou que a implementação do sistema cicloviário no Município de São Paulo decorreria, exclusivamente, da vontade política do administrador que, no caso em exame, não se coadunaria com o interesse público.

Em caráter liminar, requereu a paralisação de todas as atividades, serviços e obras referentes ao programa de implementação do sistema cicloviário no Município de São Paulo, até que se realizassem estudos técnicos e que fossem realizadas audiências públicas referentes a toda e qualquer ciclovia, ciclofaixa, ciclorrota e faixa compartilhada que se pretendesse implantar na Cidade. Igualmente em caráter liminar, solicitou a obrigação de, no prazo de trinta dias, recompor a pavimentação desfeita dos canteiros centrais, das calçadas e das vias em que as atividades, obras e serviços não tivessem sido terminados.

No mérito, o MP requereu as obrigações de a Municipalidade realizar em seis meses audiências públicas, estudos técnicos e que, no prazo subsequente de seis meses, a Municipalidade realizasse obras e serviços de adaptação das localidades onde o programa de cicloviárias foi implantado, total ou parcialmente, ou de restabelecimento total ou parcial da circulação anterior à implantação, removendo os elementos implantados em razão do programa.

⁴⁷ Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

[...]

XII - cooperação das associações representativas no planejamento municipal;

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

⁴⁸ Art. 180. No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão:

I - o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes;

II - a participação das respectivas entidades comunitárias no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, plano, programas e projetos que lhes sejam concernentes;

[...]

V - a observância das normas urbanísticas, de segurança, higiene e qualidade de vida;

O Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo concedeu liminar sem a oitiva da parte contrária (*inaudita altera pars*). A Municipalidade, por sua vez, entrou com pedido de suspensão de liminar perante o Tribunal de Justiça de São Paulo⁴⁹, que deferiu a suspensão requerida:

Na decisão de antecipação de tutela impôs-se "a paralisação de todas as implantações de novas ciclovias, ciclofaixas e ciclorrotas de caráter permanente no Município de São Paulo, sem prévio estudo de impacto viário global e local, excetuando-se a continuidade da implantação da ciclovia da Avenida Paulista", sob pena de multa diária de R\$10.000,00 para o caso de descumprimento, sem limite de cômputo global.

De início, o fundamento da decisão - falta de prévio estudo de impacto viário não é o bastante, pelo menos, sem prévia oitiva do Município, para se determinar a suspensão das obras. Isso porque não se pode equiparar a alegação de estudo deficiente, como quer o Ministério Público, à ausência completa de prévia avaliação do impacto.

Em segundo lugar, a decisão de paralisação parcial das obras reduz a capacidade do Município de interferir no tráfego urbano, causa pesado impacto na comunicação entre as vias e potencializa o risco de acidentes.

Fica, assim, comprovada a alegação inicial de risco à economia, à ordem, à saúde e à segurança.⁵⁰

A questão da implantação do sistema cicloviário na gestão atual da cidade de São Paulo está envolta em temas que permeiam posições políticas e discussões sobre prioridade de modal de transporte na maior cidade do Brasil. É certo que o constituinte elevou os direitos ao transporte e à segurança à categoria de direitos sociais fundamentais⁵¹, contudo, a judicialização de políticas públicas, por vezes, gera um limite tênue entre a discussão jurídica sobre direitos sociais e a polarização política dentro do debate jurídico.

Se, por um lado, o MP conseguiu trazer aos autos da ação civil pública comprovações de erros, por vezes grosseiros, na implantação de algumas das ciclovias e ciclofaixas que foram projetadas na atual gestão (vide as fotografias juntadas aos autos da ACP, em anexo) – o que retrata algum nível de lesão aos direitos ao transporte e à segurança – , a Prefeitura e a Companhia de Engenharia de Tráfego de São Paulo (CET) trazem dados, em suas páginas oficiais na internet, que comprovam efetividade das políticas públicas voltadas ao transporte e à segurança no transporte da gestão Haddad, como o aumento da velocidade

⁴⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. SLAT 0021061-92.2015.8.26.0000, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 27.03.2015.

⁵⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. SLAT 0021061-92.2015.8.26.0000, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 27.03.2015.

⁵¹ Constituição Federal de 1988, art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o **trabalho**, a moradia, o transporte, o lazer, a **segurança**, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. - grifo nosso.

média dos ônibus em 19%⁵², após o implemento de 357,5 quilômetros de faixas exclusivas⁵³, ou a queda nos óbitos de pedestres e ciclistas, respectivamente, em 24,5% e 34%, comparando-se à quantidade de óbitos ocorridos em 2014⁵⁴.

Isso demonstra faticamente que um dos grandes desafios que o arcabouço instrumental do neoconstitucionalismo trouxe é saber quando se deve e quando não se deve judicializar direitos sociais. Em outras palavras, em que medida é efetiva para cada caso concreto a judicialização de direitos sociais? O Ministério Público, com a sua função institucional de arguir a legitimidade de políticas públicas no âmbito do Judiciário, parece ser central na elucidação desse problema.

Verificados casos concretos emblemáticos de tensão entre a função do Judiciário e órgãos administrativos do Poder Executivo, este estudo segue, no próximo capítulo, com a tarefa de averiguar o fenômeno que motivou essa tensão: o aumento de complexidade na elaboração de políticas públicas, com o surgimento da jusfilosofia do neoconstitucionalismo, e de que forma o Ministério Público pode – e constitucionalmente deve – intermediar esse conflito pós-moderno⁵⁵ entre as atribuições do Judiciário e do Executivo.

⁵² CET-SP. **Após 6 meses, PTC aumenta a velocidade média dos ônibus em 19%**. Disponível em: <<http://cetsaopaulo.blogspot.com.br/2016/04/apos-6-meses-ptc-aumenta-velocidade.html>> Acesso em: 09 abr. 2016.

⁵³ SÃO PAULO, Secretaria Executiva de Comunicação. **Faixas exclusivas aumentam velocidade dos ônibus e economizam tempo dos usuários**. Disponível em: <<http://www.capital.sp.gov.br/portal/noticia/3715#ad-image-0>> Acesso em: 09 abr. 2016.

⁵⁴ SÃO PAULO, Secretaria Executiva de Comunicação. **Mortes no trânsito caem 20,6%, e 257 vidas são salvas em um ano**. Disponível em: <<http://www.capital.sp.gov.br/portal/noticia/9697/>> Acesso em: 09 abr. 2016.

⁵⁵ “O ativismo judicial é apenas um dos sintomas mais flagrantes de que as sociedades de massa da era pós-moderna não se satisfazem mais com as prestações de serviços públicos e tutela de direitos individuais ainda nos moldes do Estado moderno; este se revela incapaz de lidar com as necessidades e demandas que crescem em um ritmo frenético no seio da sua própria população. A Política encontra-se acometida pela burocracia – e progressiva burocratização – do Estado, pela insuficiência regulatória, pelo descompasso frente à realidade social e pelo déficit de legitimidade que as democracias ocidentais apresentam quando comparadas com os ideais sociais e expectativas populares que suas respectivas sociedades projetam. Mais do que uma discussão acerca da separação dos poderes, o ativismo judicial nos propõe uma discussão acerca do que atualmente representam os limites entre Direito e Política” (TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. **Revista Direito GV**, São Paulo, jan.-jun. 2012, p. 42).

A tensão entre Judiciário e Executivo, ou entre Judiciário e Legislativo, que surgiu com o ativismo judicial e tem base jusfilosófica no neoconstitucionalismo, parece modificar as estruturas do Estado Moderno, no que tange às funções clássicas do Judiciário e também dos demais Poderes. É nesse sentido que esta pesquisa classifica o atual conflito como pós-moderno. A questão será analisada mais detalhadamente ao desenvolver do trabalho.

2 O AUMENTO DA COMPLEXIDADE NA ELABORAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E O PAPEL DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Ao tratar da importância da normatividade dos princípios no Direito contemporâneo, Daniel Sarmento afirma:

[...] também os princípios são essenciais na ordem jurídica, pois conferem mais plasticidade ao Direito – o que é essencial numa *sociedade hiper-complexa* como a nossa – e permite uma maior abertura da argumentação jurídica à Moral e ao mundo empírico subjacente.⁵⁶

Refletindo sobre a necessidade de superação do modelo liberal-individualista-normativista do Direito brasileiro, dispõe Lenio Streck:

Há mais de uma década resolvi fazer uma viragem na interpretação do Direito. De uma trajetória inicial ligada às teorias analíticas, iniciei a incursão nas trilhas da hermenêutica filosófica, pavimentada pela filosofia hermenêutica. Isto porque me convenci, ainda nos anos 90, que perscrutar a linguagem no plano de um semantic sense não era suficiente para albergar a complexidade do Direito em terrae brasilis. O ponto central – inicial – foi a discussão da crise do Direito, do Estado e da dogmática jurídica (que o instrumentaliza), preparado/engendrado para o enfrentamento dos conflitos interindividuais, não conseguiram atender as especificidades das demandas originadas de uma *sociedade complexa* e conflituosa (J. E. Faria). O paradigma (modelo/modelo de produção de Direito) liberal-individualista-normativista estava esgotado. O crescimento dos direitos transindividuais e a crescente *complexidade social* reclama(va)m novas posturas dos operadores jurídicos.⁵⁷

Finalmente, Luís Roberto Barroso, em artigo intitulado *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*, analisa a relação entre a complexidade da vida contemporânea e a criação judicial do Direito:

⁵⁶ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: RT, 2009. p. 105.

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 17.

O Judiciário não apenas ocupou mais espaço como, além disso, sua atuação se tornou mais discricionária. Em muitas situações, em lugar de se limitar a aplicar a lei já existente, o juiz se vê na necessidade de agir em substituição ao legislador. A despeito de algum grau de subversão ao princípio da separação de Poderes, trata-se de uma inevitabilidade, a ser debitada à complexidade e ao pluralismo da vida contemporânea.⁵⁸

A complexidade da sociedade contemporânea é tida por juristas como causa do surgimento do neoconstitucionalismo, base teórica do ativismo judicial brasileiro. Tem-se, então, que esse fenômeno jusfilosófico é o efeito de uma causa profunda, que transborda os limites do Direito e até mesmo das ciências humanas. Alvo de estudos nos mais variados ramos do conhecimento, ela é objeto de análise em ciências tão diversas quanto a Sociologia, a Matemática e a Física.

A análise da complexidade, neste trabalho, tem por escopo buscar possíveis soluções à crise de instituições modernas, que no Brasil tem tido como consequência a elevação do Judiciário a um superpoder, que se envolve em questões classicamente afetas a outros poderes, como a elaboração de políticas públicas.

A abordagem não juriscêntrica, máxime pelo marco teórico atual do Estado Constitucional de Direito, o qual, como já asseverado, tem como base o neoconstitucionalismo, e que ocasionalmente adentra pelas fronteiras clássicas do papel do Executivo e do Legislativo, é inerente à produção do Direito contemporâneo, como afirma o Min. Luiz Fux:

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: THEMIS: **Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**, Fortaleza, v. 4, n. 2, jul.-dez. 2006. p. 42.

1. O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscêntricas no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes; 2. O princípio fundamental da separação de poderes, enquanto cânone constitucional interpretativo, reclama a pluralização dos intérpretes da Constituição, mediante a atuação coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes players contribua, com suas capacidades específicas, no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional e no aperfeiçoamento das instituições democráticas, sem se arvorarem como intérpretes únicos e exclusivos da Carta da República.⁵⁹

No que tange aos diálogos institucionais propriamente ditos, a abordagem interdisciplinar é inegavelmente necessária, na medida em que o postulado da máxima efetividade dos direitos fundamentais exige a concretização o mais otimizada possível desses. Com efeito, a concretização de direitos sociais encontra, na contemporaneidade, centros de elaboração no Executivo, no Legislativo (destacadamente através da apreciação de leis orçamentárias) e eventualmente no Judiciário. Tratar de direitos sociais e buscar a melhor prestação à sociedade é trabalhar com uma linguagem que não é somente jurídica, pois envolve instituições que apresentam outros vetores para sua implementação. A judicialização das políticas públicas, desse modo, trouxe maior complexidade para a elaboração dessas.

Mas do que se trata a complexidade?

Para o sociólogo Niklas Luhmann, a complexidade tem como tema central a compreensão de sistemas, o qual, para o estudioso, envolve relação entre sistema e entorno, o que supera a visão de sistema como o todo e as partes⁶⁰.

Assim:

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF suspende eficácia da lei que autoriza uso da fosfoetanolamina**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317011>> Acesso em: 24 maio 2016.

⁶⁰ “Nota-se aqui a “virada” em direção ao observador que constrói diferenciações internas com o propósito de dar conta da complexidade. Neste sentido, o acesso à realidade dá-se com construções internas no processo observacional, o objeto deixa de ser alheio ao observar. Todas as referências ao ambiente dos sistemas são, assim, referências próprias. O “todo”, as “partes”, “sistema” e “entorno”, e até a “complexidade”, perdem seu domínio ontológico, exigindo desta vez, estudos que apresentem a forma de observações específicas construídas no sistema, o que permite referir-se à realidade” (NEVES, Clarissa Eckert Baeta; NEVES, Fabrício Monteiro. O que há de complexo no mundo complexo? *In: Sociologias*. Porto Alegre, ano 8, n. 15, p. 188, jan.-jun. 2006).

O que perpassa as disciplinas é o fato de que há sistemas que, na sua interação com o entorno, constroem formas internas para sua manutenção, buscando um equilíbrio com o entorno, não no sentido da morte térmica, mas promovendo transformações adaptativas dinâmicas. Mas, à simplicidade processual sistêmica, contrapõe-se a complexidade do mundo, o que faz com que o sistema tenha que conviver constantemente com ruídos caóticos, já que essa complexidade não pode ser abarcada em sua totalidade. Este convívio exige processos como descarte, ignorância, indiferença ou aproveitamento. O sistema organiza-se sob tais condições: a ordem, desta vez, surge da desordem [...].⁶¹

A compleição do sistema e do entorno, por sua vez, não é apreendida através de uma relação sujeito/objeto (ou seja, não se trata de uma concepção ontológica de sistema), mas de uma apreensão, pelo observador⁶², da diferença entre o que compreende o sistema e o que não o compreende (entorno). O sistema se autoconstrói ao selecionar dados da complexidade (descarte, ignorância, indiferença ou aproveitamento), num processo que Luhmann chama de autopoiese: “sistemas autopoieticos, operacionalmente fechados, funcionalmente diferenciados”⁶³.

Nesse sentido, sobre as premissas de sistema e entorno, em suma, Luhmann conceitua a complexidade como

a totalidade dos possíveis acontecimentos e das circunstâncias: algo é complexo, quando, no mínimo, envolve mais de uma circunstância. Com o crescimento do número de possibilidades, cresce igualmente o número de relações entre os elementos, logo, cresce a complexidade. O conceito de complexidade do mundo retrata a última fronteira ou o limite último extremo. Sendo que é possível, só é possível no mundo.⁶⁴

A complexidade do mundo, entretanto, não é completamente acessível à consciência humana. Sistemas sociais, então, “intervêm entre a extrema complexidade do mundo e a limitada capacidade do homem em trabalhar a complexidade”⁶⁵. Os sistemas sociais, dessa

⁶¹ LUHMANN & DE GEORGI *apud* NEVES, Clarissa Eckert Baeta; NEVES, Fabrício Monteiro. O que há de complexo no mundo complexo? *In: Sociologias*. Porto Alegre, ano 8, n. 15, p. 187, jan.-jun. 2006.

⁶² “Complexidade não é uma operação, não é nada que um sistema faça ou que nele ocorra, mas é um conceito de observação e de descrição (inclusive de auto-observação e auto-descrição).” (LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. 2.ed. Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1999. p. 136).

⁶³ NEVES, Clarissa Eckert Baeta; NEVES, Fabrício Monteiro. O que há de complexo no mundo complexo? *In: Sociologias*. Porto Alegre, ano 8, n. 15, p. 190, jan.-jun. 2006.

⁶³ LUHMANN & DE GEORGI *apud* NEVES, Clarissa Eckert Baeta; NEVES, Fabrício Monteiro. O que há de complexo no mundo complexo? *In: Sociologias*. Porto Alegre, ano 8, n. 15, p. 187, jan./jun. 2006.

⁶⁴ NEVES, Clarissa Eckert Baeta; NEVES, Fabrício Monteiro. O que há de complexo no mundo complexo? *In: Sociologias*. Porto Alegre, ano 8, n. 15, p. 188, jan.-jun. 2006.

⁶⁴ LUHMANN & DE GEORGI *apud* NEVES, Clarissa Eckert Baeta; NEVES, Fabrício Monteiro. O que há de complexo no mundo complexo? *In: Sociologias*. Porto Alegre, ano 8, n. 15, p. 187, jan.-jun. 2006.

⁶⁵ LUHMANN, Niklas. Sistema y función. *In: IZUZQUIZA, Ignacio (org). Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Ediciones Piados, 1990. p. 191.

forma, operam para a redução de complexidade. Por outro lado, esse sistema – autopoietico, autorreferente e operacionalmente fechado – constrói sua própria complexidade:

O sistema opera de maneira seletiva, tanto no plano das estruturas como no dos processos: sempre há outras possibilidades que se possam selecionar quando se busca uma ordem. Justamente porque o sistema seleciona uma ordem, ele mesmo se torna complexo, já que se obriga a fazer uma seleção da relação entre seus elementos.⁶⁶

O entorno, por sua vez, não tem possibilidade de ter todas as suas características apreendidas pelo sistema. Mesmo quando este se refere a fenômenos daquele, como “crise política”, o faz de forma autorreferente, é dizer, opera com seleções causais autoconstruídas⁶⁷ embora, segundo sociólogo alemão, os sistemas só possam construir estruturas que são compatíveis com o entorno⁶⁸ o que afasta sua tese do solipsismo de que é por vezes acusado.

O subsistema social do Direito moderno funcionaria com um código binário (o qual lhe permite realizar as diferenciações autopoieticas) próprio: lícito/ilícito. O subsistema social da Política, por sua vez, funcionaria com seu específico código binário: poder/não-poder ou governar/não-governar⁶⁹.

O matemático John Casti e o físico Yaneer Bar-Yam apresentam outras características da complexidade que são os fundamentos para evidenciar a importância do desenvolvimento de um sistema institucionalizado de diálogos institucionais entre o Ministério Público – como órgão intermediador e representante dos interesses difusos e coletivos da população –, o Judiciário, o Executivo e, em determinadas circunstâncias, o Legislativo, sempre no intuito de conceder prestações de direitos sociais mais efetivas à população.

De acordo com Casti, deve haver um equilíbrio entre dois (ou mais) sistemas concorrentes ou associados. Uma diferença insuportável de complexidade entre esses sistemas geraria, inevitavelmente, um colapso. Assim, o matemático estuda a hipótese de interação entre sistemas, e os conceitua como conjuntos de elementos – como, por exemplo, os indivíduos – em interação. O sistema como um todo “[...] possui suas características próprias,

⁶⁶ LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoría de sistemas**. México D. F.: Antrhopos, 1996. p. 137.

⁶⁷ NEVES, Clarissa Eckert Baeta; NEVES, Fabrício Monteiro. O que há de complexo no mundo complexo? *In: Sociologias*. Porto Alegre, ano 8, n. 15, p. 202, jan.-jun. 2006.

⁶⁸ LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoría de sistemas**. México D. F.: Antrhopos, 1996. p. 138.

⁶⁹ LUHMANN *apud* MATHIS, Armin. *A sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Disponível em: <http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_05.pdf> Acesso em: 20 abr. 2016.

que não existem no nível dos indivíduos em si”, o que ele chama de “características emergentes”, que são originadas pelas interações⁷⁰.

Sistemas em interação, segundo Casti, teriam uma dualidade representada por um sistema de controle, como o governo, e um sistema controlado, como os cidadãos. Por exemplo:

[...] A verdadeira fonte capaz de abalar governos encontra-se nas profundezas do sistema social: um “desnível” de complexidade cada vez mais amplo entre governo e cidadãos que, quando não tem como ser transposto, acaba deflagrando as revoluções. Pense no caso de um governo autoritário que se confronta com uma população que descobriu a possibilidade de novas liberdades graças ao contato com o mundo exterior e que é coordenada por diferentes plataformas de redes sociais. O desnível entre a complexidade do sistema de controle (neste exemplo, o governo) e a crescente complexidade do sistema controlado (a população) precisa ser solucionado. Um caminho, para o governo, é a repressão – prender líderes, encarregar soldados de dispersar multidões de manifestantes e aplicar outras medidas para controlar a situação. Outra possibilidade seria intensificar a complexidade do governo de modo a acelerar a realização de eleições mais livres, eliminar depressa as restrições a uma mídia aberta e criar possibilidades de mobilidade ascendente para a população.⁷¹

Uma situação de grande desnível de complexidade entre dois sistemas que interagem e sua tendência a um colapso é reflexo da *lei da complexidade necessária*, a qual determina que o sistema de controle deve ter, ao menos, o mesmo nível de complexidade que o sistema controlado:

Segundo essa “lei”, para poder regular/controlar totalmente um sistema, a complexidade de quem controla deve ser no mínimo do mesmo tamanho da complexidade do sistema controlado. Dito de maneira mais simples, somente a complexidade pode destruir a complexidade. Uma conclusão óbvia disso é que, se o desnível de complexidade for grande demais, haverá problema e, no mundo da política, “problema” geralmente se soletra como “r-e-v-o-l-u-ç-ã-o”.⁷²

Interpretando-se a lei da complexidade necessária entre sistemas associados ou concorrentes e a teoria dos sistemas de Luhmann ao contexto do neoconstitucionalismo na América do Sul, é possível a compreensão do fenômeno neoconstitucionalista como “resposta” do sistema social do Direito à crescente demanda populacional por melhores prestações de serviços públicos (ou direitos sociais, na semântica do Direito), numa realidade

⁷⁰ CASTI, John. **O colapso de tudo: os eventos extremos que podem destruir a civilização a qualquer momento**. Trad. Ivo Korytowski & Bruno Alexander. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2012. p. 22-61.

⁷¹ CASTI, John. **O colapso de tudo: os eventos extremos que podem destruir a civilização a qualquer momento**. Trad. Ivo Korytowski & Bruno Alexander. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2012. p. 22.

⁷² CASTI, John. **O colapso de tudo: os eventos extremos que podem destruir a civilização a qualquer momento**. Trad. Ivo Korytowski & Bruno Alexander. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2012. p. 156.

em que a Política, ainda presa a velhas estruturas oligárquicas, patrimonialistas⁷³ e excessivamente burocráticas, não provê às pessoas uma efetiva/digna implementação desses serviços/direitos.

Como diz o historiador Niall Ferguson, o sistema “está com graves problemas quando seus componentes deixam de acreditar em sua viabilidade”⁷⁴. A sociedade brasileira, como tem evidenciado a grave crise política por que passa, tem se mostrado cada vez mais resistente e apática a discursos políticos, pois as velhas estruturas de política e de governança não têm suprido satisfatoriamente as demandas sociais.

O Direito emerge, então, como um subsistema social que, com seu código e sua semântica própria, se torna o último recurso do Estado moderno para evitar seu colapso. Diante do engessamento da Política, o Direito busca equiparar a complexidade da governança, sistema de controle, à complexidade das demandas da população, sistema controlado. A base teórica do neoconstitucionalismo e o ativismo judicial, nesse sentido, são instrumentos do aumento da complexidade jurídica para tentar desfazer o fosso (a diferença de complexidade) entre o subsistema político e a sociedade.

A primeira problemática dessa situação se refere à perplexidade em o Direito atribuir a si funções que, no que diz respeito ao Estado moderno clássico, eram afetas ao Executivo ou ao Legislativo. O Judiciário, como órgão por excelência de interpretação das normas jurídicas – efluente da semântica do Direito –, torna-se uma espécie de superpoder. A segunda questão diz respeito à forma como os membros do poder Judiciário são nomeados para seus cargos. A Constituição da República não prevê eleições democráticas para a escolha de magistrados (sendo eles nomeados por representantes do povo ou aprovados por concurso público), que passam a interferir diretamente nas políticas públicas. Isso gera tensão entre neoconstitucionalismo e democracia.

⁷³ “[...] as palavras mágicas Liberdade, Igualdade e Fraternidade sofreram a interpretação que pareceu ajustar-se melhor aos nossos velhos padrões patriarcais e coloniais, e as mudanças que *inspiraram foram antes de aparato do que de substância* [...]” (HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 179)

“[...] as constituições feitas para não serem cumpridas, as leis existentes para serem violadas, tudo em proveito de indivíduos e oligarquias, são fenômeno corrente em toda a história da América do Sul [...]” (HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 182)

“Na última década, o sistema judiciário colombiano teve um papel importante na busca de renovação dos costumes políticos a fim de reduzir o peso do clientelismo e da corrupção política [...]” (YEPES, Rodrigo Uprimny. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. Trad. Pedro Soares. **Revista internacional de direitos humanos**, n. 6, ano 4, 2007. p. 54).

⁷⁴ FERGUSON, Niall *apud* CASTI, John. **O colapso de tudo: os eventos extremos que podem destruir a civilização a qualquer momento**. Trad. Ivo Korytowski & Bruno Alexander. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2012. p. 156.

A assimilação pelo Direito das demandas da população por melhores prestações de serviços públicos, como uma nova proposta do Estado moderno ao aumento da complexidade social, contudo, não tende a retroceder. Como visto anteriormente, ao se analisar os estudos de Luhmann, sistemas constroem sua própria complexidade, que não tende a regredir⁷⁵. Em outras palavras, o neoconstitucionalismo não é um aparato jusfilosófico descartável ao primeiro anúncio de evolução do sistema político, quando ou se este vier.

John Casti, ao elucubrar sobre a forma fundamental de evitar desníveis de complexidade na sociedade moderna, afirma que “[e]vitar essa lacuna significa projetar nossos sistemas para que funcionem como um todo unificado, e não como uma coleção de sistemas geridos isoladamente”⁷⁶. Nesse sentido, a Política e instituições de governança por excelência têm acesso a dados e a uma linguagem não facilmente absorvível pelos órgãos do Judiciário, o que torna a substituição de políticas públicas de gestores do Executivo por decisões judiciais uma tarefa árdua, que exige visão de cooperação entre os Poderes.

Yaneer Bar-Yam, físico americano fundador do Instituto de Sistemas Complexos da Nova Inglaterra, em artigo denominado Complexity Rising: from human beings to human civilization, a complexity profile (Aumento da Complexidade: de seres humanos à civilização humana, um perfil da complexidade – em tradução livre), traz como tema central a ideia de que os seres humanos são parte de um organismo global:

Our complex social environment is consistent with identifying global human civilization as an organism capable of complex behavior that protects its components (us) and which should be capable of responding effectively to complex environmental demands.⁷⁷

Chega-se a essa conclusão pelos seguintes fatores: 1) A complexidade da existência humana aumentou e tem aumentado, ou seja, elementos de sistemas humanos têm crescido, bem como as relações entre eles. O aumento da complexidade da civilização global, nos últimos tempos, tem demandado ações de caráter cooperativo, porque a complexidade dos

⁷⁵ “Justamente porque o sistema seleciona uma ordem, ele mesmo se torna complexo, já que se obriga a fazer uma seleção da relação entre seus elementos.” (LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoría de sistemas**. México D. F.: Antrhopos, 1996. p. 137)

⁷⁶ CASTI, John. **O colapso de tudo: os eventos extremos que podem destruir a civilização a qualquer momento**. Trad. Ivo Korytowski & Bruno Alexander. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2012. p. 317.

⁷⁷ “Nosso ambiente social complexo consiste em identificar a civilização global como um organismo com capacidades para exercer comportamentos complexos que protegem seus componentes (nós) e que deve ser capaz de responder efetivamente a desafios complexos do ambiente.” - tradução minha- (BAR-YAM, Yaneer. Complexity rising: from human beings to human civilization, a complexity profile. In: **Encyclopedia of life support systems**. NECSI Report, dez. 1997. Disponível em: <<http://www.necsi.edu/projects/yaneer/Civilization.html>> Acesso em: 11 maio 2016)

comportamentos coletivos (collective behaviors) tem superado a complexidade dos seus componentes básicos, quais sejam, cada ser humano, em sua individualidade. Para o norte-americano, somente quando os componentes (indivíduos) são conectados em redes (networks) de funções especializadas que comportamentos coletivos complexos podem surgir⁷⁸.

Quando se trata de comportamento de sistemas⁷⁹, segundo Bar-Yam, são três as situações possíveis: comportamento aleatório, coerente ou complexo. Na biologia, são exemplos de comportamento aleatório micro-organismos movendo-se randomicamente. Infecções, quando esses micro-organismos produzem comportamento uniformizado e análogo, ao atacar células de outro organismo, são exemplos de comportamento coerente. As células do corpo humano, por sua vez, agrupadas conjuntamente em tecidos e órgãos, com vários graus de coerência e independência de seus comportamentos, são exemplos de comportamento complexo⁸⁰.

Em sistemas sociais, multidões de pessoas se movendo de forma randômica são exemplos de comportamento aleatório. Exércitos da Idade Antiga, que realizavam vastas e coerentes ações de muitos indivíduos, através de movimentos similares e relativamente simples, exemplificam comportamentos coerentes. Grandes corporações empresariais, que envolvem comportamentos diversos e especializados de indivíduos, os quais, não obstante, são coordenados, são exemplos de comportamentos complexos.

Diferentemente de sistemas coerentes, sistemas complexos contêm comportamentos em escala microscópica e em escala macroscópica, conformando uma distribuição de escalas pela qual o comportamento complexo se manifesta. O que diferencia esse tipo de comportamento do aleatório, por sua vez, é a coordenação entre vários subgrupos do sistema complexo, gerando correlações apreensíveis pelo observador:

⁷⁸ BAR-YAM, Yaneer. Complexity rising: from human beings to human civilization, a complexity profile. In: **Encyclopedia of life support systems**. NECSI Report, dez. 1997. Disponível em: <<http://www.necsi.edu/projects/yaneer/Civilization.html>> Acesso em: 11 maio 2016.

⁷⁹ Comportamentos aleatórios, segundo Bar-Yam, não constituem um sistema, na medida em que o observador necessita de interações relevantes para diferenciar o sistema do ambiente (ou do entorno, como prefere Luhmann). (BAR-YAM, Yaneer. Complexity rising: from human beings to human civilization, a complexity profile. In: **Encyclopedia of life support systems**. NECSI Report, dez. 1997. Disponível em: <<http://www.necsi.edu/projects/yaneer/Civilization.html>> Acesso em: 11 maio 2016)

⁸⁰ BAR-YAM, Yaneer. Complexity rising: from human beings to human civilization, a complexity profile. In: **Encyclopedia of life support systems**. NECSI Report, dez. 1997. Disponível em: <<http://www.necsi.edu/projects/yaneer/Civilization.html>> Acesso em: 11 maio 2016.

In order for such visibility to occur various subgroups of the system must have coordinated behaviors. The resulting correlations are distributed at different scales. Some of them are found at a microscopic scale in the coupled motion or positions of molecules, and others appear in the collective motion of, for example, muscle cells and the motion of the body as a whole. Thus, the complexity profile of a complex system like a human being involves a distribution of scales at which behavior manifests itself. This balance between highly random and highly ordered motion is characteristic of the behavior of complex systems.⁸¹

Com efeito, ao passo em que o sistema complexo inclui uma gama variada de comportamentos macro e microscópicos, no sistema coerente todos os elementos se movem de forma uniforme e na mesma direção, produzindo somente comportamentos de larga escala (macroscópicos), hierarquizados, de caráter linear. Ademais, como os comportamentos de partes do sistema são iguais, este é de fácil compreensão pelo observador, pois uma vez descrito o comportamento de larga escala, o comportamento de cada parte também terá sido previsto. O intuito de comportamentos coerentes é produzir o maior impacto de larga escala possível⁸².

A grande questão em sistemas sociais, para o físico americano, ocorre porquanto, por milhares de anos, a estrutura tradicional das organizações humanas foi baseada em controle hierárquico, linear, de larga escala (macroscópica). Assim se organizaram exércitos, linhas de montagem industrial, escolas (com suas divisões em séries, que uniformizam as capacidades e potenciais de alunos), sistemas de governança.

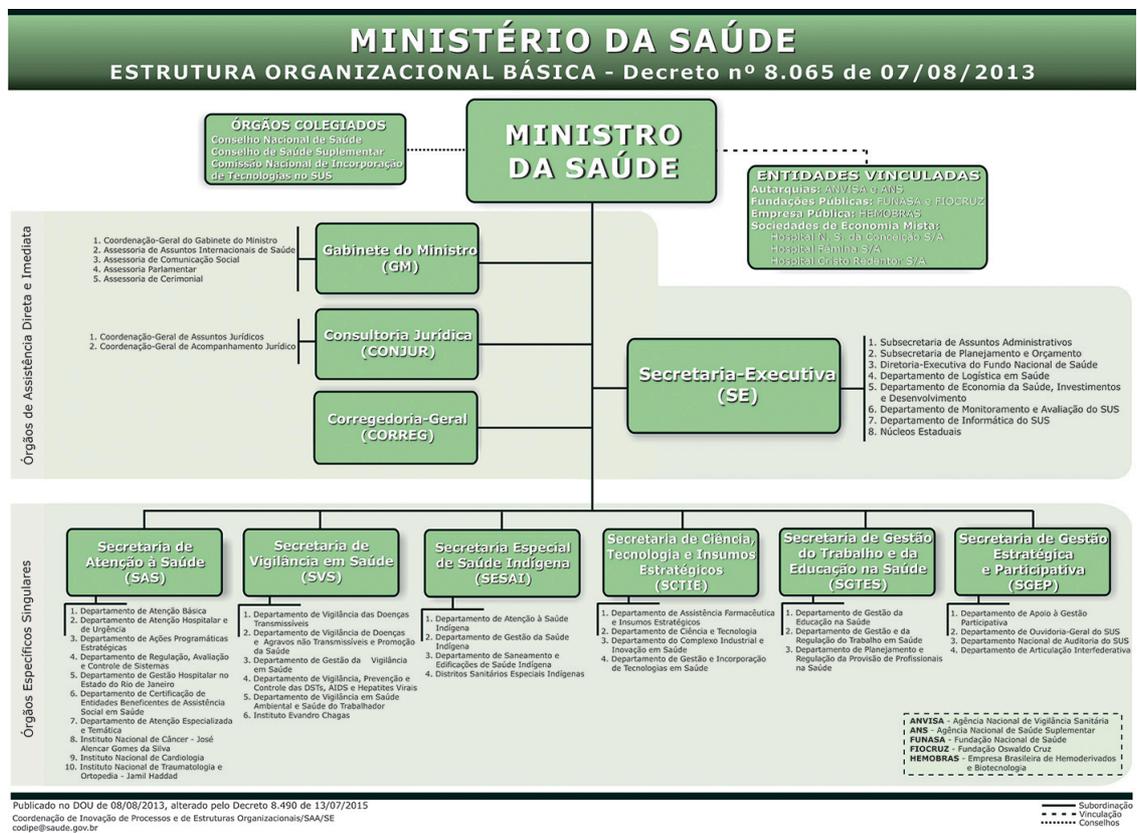
Observe-se, superficialmente, o modelo ideal de execução de políticas públicas nas Democracias do Estado Moderno clássico, no Poder Executivo, e atente-se a como esse padrão estrutural é implementado: O cidadão vota em um político de determinado partido, com o escopo de ter sua vontade política representada. O partido possui um programa de

⁸¹ “Para que ocorra esse tipo de visibilidade vários subgrupos do sistema devem ter comportamentos coordenados. As correlações resultantes são distribuídas em diferente escalas. Algumas delas são encontradas numa escala microscópica no movimento acoplado ou nas posições das moléculas, e outras aparecem no movimento coletivo das células musculares e no movimento do corpo como um todo, por exemplo. Portanto, o perfil de complexidade de um sistema complexo como um ser humano envolve a distribuição de escalas através da qual o comportamento em si se manifesta. Esse equilíbrio entre movimentos altamente aleatórios e altamente ordenados é característico do comportamento de sistemas complexos.” - tradução minha- (BAR-YAM, Yaneer. Complexity rising: from human beings to human civilization, a complexity profile. *In: Encyclopedia of life support systems.* NECSI Report, dez. 1997. Disponível em: <<http://www.necsi.edu/projects/yaneer/Civilization.html>> Acesso em: 11 maio 2016)

⁸² BAR-YAM, Yaneer. Complexity rising: from human beings to human civilization, a complexity profile. *In: Encyclopedia of life support systems.* NECSI Report, dez. 1997. Disponível em: <<http://www.necsi.edu/projects/yaneer/Civilization.html>> Acesso em: 11 maio 2016.

execução de políticas públicas baseado em sua ideologia de massa⁸³. O político do partido vencedor, representando o povo, institui programas de larga escala na sociedade, como uma política assistencial ou uma campanha de vacinação. A estrutura da Administração, que instrumentaliza as políticas públicas, também tem caráter hierárquico, centralizador e linear, com o objetivo de atender a toda a sociedade (alto impacto). Por exemplo, alguns dos órgãos da estrutura da Saúde no Governo Federal, em ordem hierárquica: Presidência da República, Ministério da Saúde, Secretaria-Executiva, Secretaria de Vigilância em Saúde.

Com a intenção de tornar mais cristalina essa estrutura, vejamos o organograma do Ministério da Saúde, disponível em seu sítio oficial na internet⁸⁴:



⁸³ Obviamente, o desenvolvimento da Democracia Moderna tem nuances muito mais profundas que essa mera elucidação. Configura-se em duas fases: período das revoluções liberais, quando há a ascensão do racionalismo no sistema político – supremacia da lei, que seria expressão da vontade geral –, bem como do realismo pessimista da teoria da Separação dos Poderes; na segunda fase, as demandas da classe trabalhadora alteram o sistema político, com o surgimento do sufrágio universal e dos partidos de massa. Para uma análise aprofundada do sistema moderno clássico de representação política, inclusive apontando as dificuldades de transição, no Brasil, do modelo de partidos de elite, do período das revoluções liberais, para o modelo de partidos de massa, cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Do Processo Legislativo**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 81-130.

⁸⁴ PORTAL SAÚDE. **O Ministério: estrutura e competências**. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/estrutura-e-competencias/leia-mais-estrutura-e-competencias>> Acesso em: 06 maio 2016.

Nas palavras de Bar-Yam, em uma hierarquia idealizada,

all communication, and thus coordination of activities, is performed through the hierarchy. If someone wants to do something with his neighbor, this must be communicated to the boss who tells the other person what to do. If the two individuals do not share a boss, the request must go up the hierarchy to the shared common boss and communicated back down before the joint activity can be started. Real human organizations are not strict hierarchies; they contain lateral interactions that enable control to bypass the hierarchy. However, by focusing on an idealized control hierarchy it is possible to understand the nature of the hierarchical structure.⁸⁵

O comportamento coerente e seu sistema hierárquico, idealmente, tem por escopo simplificar o comportamento individual e gerar ações com impacto em larga escala⁸⁶. São exemplos disso ordens hierárquicas para que todo um batalhão marche em direção ao sul e o modelo fordista de produção, no qual cada indivíduo realiza uma tarefa repetitiva particular, simplificação que gera um grande número de cópias de determinado produto.

A coordenação, presente no comportamento complexo, por sua vez, significa que os comportamentos de diferentes indivíduos (componentes), embora não sejam os mesmos, são correlacionados. Quando comparada com a ação coerente, nota-se um aumento de complexidade e perda de escala, embora essa perda seja muito menor do que no caso do comportamento aleatório, no qual os indivíduos são totalmente independentes (não correlacionados). A necessidade de garantir a coordenação de diferentes indivíduos aumenta as demandas sobre o controle hierárquico, que é responsável por assegurá-la.⁸⁷

Com o aumento da complexidade de determinado sistema, a transição do comportamento hierárquico-coerente para o comportamento coordenado-complexo ocorre pelo seguinte fator:

⁸⁵ “Toda comunicação, e assim coordenação de atividades, é feita através da hierarquia. Se alguém quer fazer algo com seu vizinho, isso deve ser comunicado ao chefe, que dirá à outra pessoa o que fazer. Se os dois indivíduos não compartilham o mesmo chefe, a requisição deve subir a hierarquia até o chefe em comum e respondida por este antes que a atividade conjunta possa ser iniciada. Organizações humanas reais não são hierarquias estritas; elas contêm interações laterais que permitem ao controle ignorar a hierarquia. Entretanto, ao focar-se em uma hierarquia idealizada é possível entender a natureza da estrutura hierárquica.” - tradução minha – (BAR-YAM, Yaneer. Complexity rising: from human beings to human civilization, a complexity profile. In: **Encyclopedia of life support systems**. NECSI Report, dez. 1997. Disponível em: <<http://www.necsi.edu/projects/yaneer/Civilization.html>> Acesso em: 11 maio 2016)

⁸⁶ BAR-YAM, Yaneer. Complexity rising: from human beings to human civilization, a complexity profile. In: **Encyclopedia of life support systems**. NECSI Report, dez. 1997. Disponível em: <<http://www.necsi.edu/projects/yaneer/Civilization.html>> Acesso em: 11 maio 2016.

⁸⁷ BAR-YAM, Yaneer. Complexity rising: from human beings to human civilization, a complexity profile. In: **Encyclopedia of life support systems**. NECSI Report, dez. 1997. Disponível em: <<http://www.necsi.edu/projects/yaneer/Civilization.html>> Acesso em: 11 maio 2016.

Intuitively, a control hierarchy is designed to enable a single individual (the controller) to control the collective behavior, but not directly the behavior of each individual. Indeed, the behavior of an individual need not be known to the controller. What is necessary is a mechanism for ensuring that control over the collective behavior be translated into controls that are exercised over each individual. This is the purpose of the control hierarchy.⁸⁸

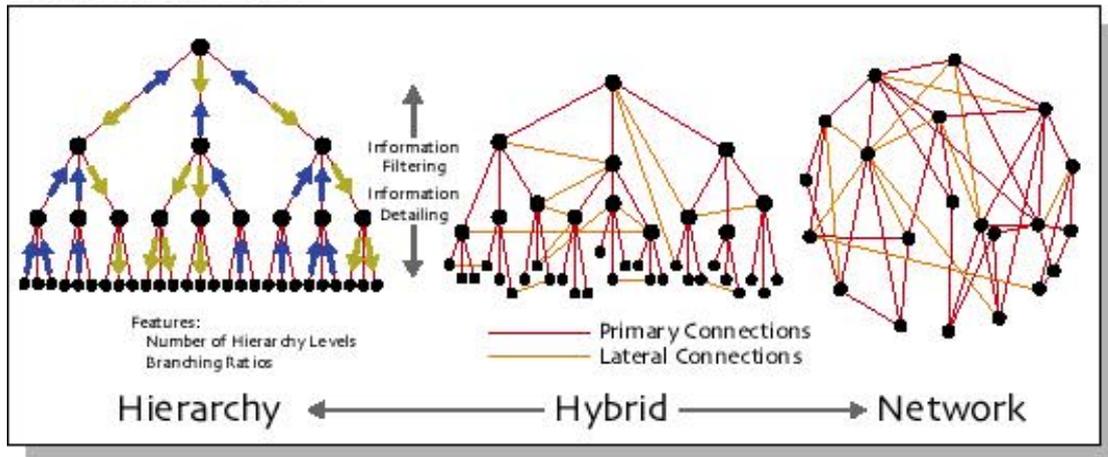
Ou seja, num sistema hierárquico e linear, a questão fundamental é manejar um mecanismo que garanta o controle do comportamento coletivo, com o objetivo de gerar ações coerentes e, assim, o maior impacto de larga escala possível. Contudo, à medida que as influências independentes do comando central se elevam, conseqüentemente a complexidade do comportamento coletivo em si aumenta e o sistema, então, começa a descentralizar-se. O comando central perde a capacidade de gerir todas as influências independentes e, nesse momento, a complexidade do comportamento coletivo supera a daquele (que é idealmente concentrado em um indivíduo)⁸⁹. Surge, dessa forma, a necessidade de assegurar a coordenação de diferentes indivíduos ou componentes do sistema.

Abaixo, a ilustração, disponível no artigo de Bar-Yam, *Complexity Rising*, da transição comportamental do sistema, que passa afinal a atuar através de uma rede interconectada de canais de ação e comunicação:

⁸⁸ “Intuitivamente, um controle hierárquico é criado para permitir que um indivíduo apenas (o controlador) controle o comportamento coletivo, mas não diretamente o comportamento de cada indivíduo. De fato, não é necessário que o controlador saiba o comportamento de um indivíduo. O que é necessário é um mecanismo para assegurar que o controle sobre o comportamento coletivo seja traduzido em controles que são exercidos sobre cada indivíduo. Este é o objetivo do controle hierárquico.” - tradução minha- (BAR-YAM, Yaneer. Complexity rising: from human beings to human civilization, a complexity profile. In: **Encyclopedia of life support systems**. NECSI Report, dez. 1997. Disponível em: <<http://www.necsi.edu/projects/yaneer/Civilization.html>> Acesso em: 11 maio 2016)

⁸⁹ BAR-YAM, Yaneer. Complexity rising: from human beings to human civilization, a complexity profile. In: **Encyclopedia of life support systems**. NECSI Report, dez. 1997. Disponível em: <<http://www.necsi.edu/projects/yaneer/Civilization.html>> Acesso em: 11 maio 2016.

Control Structures



Como asseverado anteriormente, sistemas complexos atuam através de comportamentos em escala microscópica e macroscópica. Analise-se esse modelo através do sistema contemporâneo de prestação de políticas públicas, com relação ao direito social à saúde: em larga escala, a Administração Pública elabora as políticas de alto impacto, perpassando por questões de orçamento, efetividade da prestação, prioridades, etc.; em escala microscópica, o cidadão João da Silva não se sente legitimamente alcançado por essas ações em larga escala quando a Administração se nega a conceder-lhe determinado medicamento para tratar sua doença rara e grave. João, então, ingressa com uma ação judicial para que a Justiça determine a concessão do medicamento. O Juiz, nesse contexto, atuará como órgão responsável pela realização de uma política pública em microescala e utilizará, essencialmente, a linguagem jurídica para aferir a legitimidade da demanda. Surge, assim, a seguinte problemática: sistemas complexos necessitam de coordenação para que se alcance sua finalidade, que é uma atuação em redes interconectadas de ações e comunicações. Sem coordenação não há sistemas complexos, mas apenas movimentos aleatórios, como visto anteriormente.

Na situação em estudo, a linguagem jurídica necessita conectar-se à linguagem de elaboração de políticas públicas em larga escala, no sentido de aprimorar o sistema e conceder a prestação mais efetiva ao cidadão, que é o objetivo da prestação de um direito social/política pública.

Resta evidente, dessa forma, a importância dos diálogos institucionais – que criam redes de interação e comunicação – diante da complexidade atual na elaboração de políticas públicas. Este estudo, então, prossegue com o escopo de analisar uma proposta de

coordenação que envolve a intermediação do Ministério Público no conflito de atribuições entre Judiciário e Executivo, evidenciando a vocação constitucional da Instituição para a execução dessa tarefa.

3 DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS, GESTÃO PARTICIPATIVA E MINISTÉRIO PÚBLICO

3.1 Premissas

Em dezembro de 2015, a revista Superinteressante publicou uma matéria que averiguou quatro escolas públicas com nível de aprendizagem superior ao de países como Suíça e Canadá⁹⁰.

Entre as boas práticas elencadas, estão o alto nível quantitativo de voluntariado e de imersão dos pais de alunos em atividades escolares e até em decisões administrativas e curriculares; forte interação entre escola e comunidade; acompanhamento próximo por professores do desenvolvimento de estudantes; projetos de incentivo à leitura crítica; compartilhamento, pelas escolas campeãs, com escolas de outra região, de boas práticas; funcionamento de escolas próximas em redes, com trocas de experiências entre docentes; compartilhamento de livros com moradores dos bairros para aproximar alunos e moradores; docentes com dedicação exclusiva; humanização no contato com os alunos; acompanhamento da frequência e do nível de aprendizado dos discentes, com aulas de reforço para os mais fracos; foco em português e matemática como matérias prioritárias; aproveitamento otimizado dos recursos disponíveis; desenvolvimento da autonomia dos jovens para gerir crises; cursos de formação de líderes estudantis.

A Folha de São Paulo, em abril de 2016, fez uma reportagem⁹¹ revelando algumas medidas que a Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo pretende tomar com relação à judicialização das prestações de medicamentos pelo SUS: fará uma parceria com a USP para que a mesma dê parecer técnico sobre remédios pedidos nas ações e acionará o Conselho Nacional de Justiça contra decisões judiciais arbitrárias.

Ademais, segundo a notícia, somente em uma semana, o secretário paulista da Saúde, David Uip, enfrentou três ameaças de prisão e uma de morte, todas envolvendo medicamentos caros, que não estão na lista do SUS. Informa também que, em 2015, o Ministério da Saúde adquiriu remédios para 30 mil doentes com cirrose, HIV e câncer, ao custo de R\$ 1 bilhão,

⁹⁰ PORTILHO, Gabriela; MASSETTI, Renata; MARTINS, Thaís Zimmer. **Conheça o lado bom da educação pública brasileira**. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ideias/conheca-o-lado-bom-da-educacao-publica-brasileira>> Acesso em: 16 maio 2016.

⁹¹ VIALLI, Andrea. **Judicialização da saúde em SP chegará a R\$ 1,2 bi em 2016, diz secretário**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2016/06/1781875-judicializacao-da-saude-em-sp-chegara-a-r-12-bi-em-2016-diz-secretario.shtml>> Acesso em: 16 maio 2016.

mas que no Brasil há 2 milhões de doentes com essas condições. Além disso, a reportagem afirma que o governo paulista cumpre 47 mil condenações judiciais, com gasto anual de R\$ 1 bilhão, sendo algumas das ações a demandar medicamentos sem registro na ANVISA, e que o custo do Estado com todo o atendimento do SUS em assistência farmacêutica (distribuição de remédios nas farmácias) é da ordem de R\$ 600 milhões, para atendimento a 700 mil pessoas.

Um dos projetos de ciclovias do governo Haddad, da Prefeitura de São Paulo, consubstanciou-se na implantação de faixas exclusivas para bicicletas numa região do bairro de Higienópolis (Praça Vilaboim) em que funcionavam comércios contíguos, a maioria do setor gastronômico, o que gerou dificuldades para o estacionamento de carros de clientes⁹². Após protestos e abaixo-assinado dos comerciantes, a Prefeitura remanejou a ciclovia para a rua Aracaju, prosseguindo pelo caminho já existente, na rua Piauí.

Todas as situações elencadas demonstram o aumento progressivo da complexidade na elaboração de políticas públicas, pois são perceptíveis as características de um comportamento complexo em ascensão, notadamente soluções em rede e comportamentos em escala microscópica. Nas escolas modelo observam-se soluções em rede, em escala microscópica, através de interações entre professores, pais, alunos e até mesmo entre as próprias escolas, buscando uma prestação social mais efetiva e horizontal da educação. No caso dos medicamentos, pessoas acionam o Judiciário por não se sentirem incluídas nas ações do Estado e terem, assim, renegados seus direitos à saúde. A Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, órgão responsável por implantar em larga escala o serviço público de saúde, busca, como reação institucional, a coordenação de suas atividades com aquelas de outras instituições, como a USP e o CNJ, denotando o surgimento de redes de trabalho interconectado também nas políticas de alto impacto. No caso da ciclovia implantada na Praça Vilaboim, em Higienópolis, comerciantes e moradores se uniram para corrigir um problema pontual de política pública em larga escala, o projeto das ciclovias de São Paulo, realizando um diálogo entre o micro e o macro.

Essas soluções transformam os próprios conceitos de serviço público e de política pública, e possuem caráter difuso na sociedade e nas instituições, constituindo uma rede complexa de ações e comunicações. Elas anunciam uma maior abertura social à democracia

⁹² DO VALLE, Caio. **Após pressão de comerciantes, CET apaga ciclovia em Higienópolis**. Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,apos-pressao-de-comerciantes-cet-apaga-ciclovia-em-higienopolis,1592284>> Acesso em: 16 maio 2016.

participativa e demonstram que o fim de qualquer ação na esfera pública deve ser a pessoa humana, e que só se alcança esse objetivo quando a ação estiver em harmonia com a sociedade, haja vista o interesse social ser transindividual. Portanto, o protagonista dessa revolução silenciosa é o próprio cidadão, que atesta a cada dia seu empoderamento e o fato de que instituições não são um fim em si mesmas.

Como asseverado por Boaventura de Sousa Santos, a democracia participativa que o aumento da complexidade na elaboração de políticas públicas propicia,

no nível local consegue articular autorização com prestação de contas, cria realmente uma transparência, limita a corrupção - de fato isso está demonstrado - e consegue redistribuição social. Pode-se provar isso nas cidades da América Latina e da Europa onde há um pressuposto participativo de redistribuição social. [...] [A] democracia participativa consegue ampliar a agenda política. [...] Há fatores que favorecem seu surgimento [da articulação democracia participativa/democracia representativa], e por isso ela está aparecendo em muitos países. O primeiro é que os partidos políticos estão perdendo o controle da agenda política: nunca descumpriram tanto suas promessas eleitorais quando chegaram ao poder como ultimamente. Um dos estudos mais interessantes é observar os programas dos partidos e depois sua prática política [...].⁹³

Contudo, como verificado no capítulo anterior, movimentos complexos necessitam de coordenação e, embora as instituições não sejam fins em si mesmas, podem ser instrumentos eficazes para a consecução de objetivos em comunidade. Com efeito, em 4 de dezembro de 2015 o Conselho Nacional do Ministério Público, ciente desta nova realidade, publicou cartilha intitulada *Judicialização da Saúde: o Ministério Público no Fomento de Redes de Cooperação por Meio de Planejamento e Gestão Sistêmicas*⁹⁴, a qual trata de temas como fomento a redes de cooperação e efetividade do sistema de saúde diante da complexidade.

Em direitos sociais, as novas possibilidades, que foram abertas com a doutrina jusfilosófica do neoconstitucionalismo e o ativismo judicial, necessitam de coordenação entre a instrumentalidade da Justiça e a instrumentalidade dos órgãos de execução de políticas públicas, para que desse modo se alcance o melhor resultado, consubstanciado em prestações sociais eficientes, eficazes e efetivas para a sociedade.

⁹³ SANTOS, Boaventura de Sousa. A Justiça em debate. **Jornal O Estado de S. Paulo**. São Paulo, 17 set. 2007. p. 95-96.

⁹⁴ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Judicialização da saúde: o Ministério Público no fomento de redes de cooperação por meio de planejamento e gestão sistêmicas**. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/Publicacoes/documentos/Judicializacao_da_saude.pdf> Acesso em: 30 maio 2016.

Nesse sentido, o Ministério Público deve exercer função central nos diálogos institucionais entre os Poderes e na coordenação de políticas públicas, porque a Constituição Federal o elevou ao patamar de defensor de três questões jurídicas fundamentais ao implemento desses diálogos e ao desenvolvimento de políticas públicas/direitos sociais em rede: a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127).

Com relação à defesa da ordem jurídica, demonstrou-se que o neoconstitucionalismo criou bases jurídico-filosóficas para a intervenção do Judiciário em políticas públicas, através de decisões ativistas. Neste ponto, faz-se importante a diferenciação, para os fins deste estudo, entre dois conceitos: juridicização e judicialização da Política.

A *juridicização* da Política é um fenômeno atrelado ao neoconstitucionalismo, na medida em que esse trouxe à linguagem do Direito questões que antes eram por essência afetas às instâncias políticas, notadamente o Legislativo e o Executivo. A força normativa dos princípios traz, assim, novos significados a expressões como “direito à educação”, “direito à saúde”, “direito ao transporte” e altera a função do Juiz, que no modelo liberal clássico de Estado Moderno era considerado “a boca da lei” (Escola da exegese). O neoconstitucionalismo, dessa forma, torna a elaboração de políticas públicas um fenômeno também jurídico, embora não necessariamente judicializado.

A *judicialização* da Política, conquanto esteja, por óbvio, relacionada à juridicização e, conseqüentemente, ao neoconstitucionalismo, é um fenômeno essencialmente ligado ao ativismo judicial, no qual o Judiciário efetivamente intervém em questões classicamente afetas a outros poderes. Para que intervenha em temas como direitos sociais/políticas públicas, o princípio da inércia determina que, em regra, o Judiciário somente deverá agir quando provocado.

Assim, a juridicização da Política, no Estado pós-moderno, é inevitável. A judicialização, contudo, somente deve ser utilizada como instrumento quando for a medida que traga o melhor impacto ao sistema, consideradas as dimensões cidadão-sociedade, que envolvem fatores complexos como análises jurídicas da proporcionalidade ou razoabilidade, legalidade, legitimidade, bem como análises políticos-administrativas, como fatores econômicos, questões técnicas e financeiras, planejamento orçamentário.

A judicialização é a medida de maior peso para o Estado Constitucional de Direito, pois é sinal de que as instâncias político-administrativas, responsáveis por políticas públicas em larga escala, falharam na consecução de determinado serviço à comunidade, e ao sistema

jurídico coube o papel de interventor, por meio do Judiciário, a fim de evitar o colapso estatal, como visto na teoria de sistemas complexos de John Casti. Quando uma questão é judicializada, o Judiciário passa a ter que lidar com linguagens dos sistemas político e jurídico, simultaneamente, o que torna a sua atividade muito mais complexa. Nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos:

Nos melhores casos, [a judicialização das relações sociais] tem vindo a produzir um deslocamento da legitimidade do Estado: do Executivo e do Legislativo para o Judiciário. Esse movimento leva a que se criem expectativas elevadas a respeito do sistema judiciário, esperando-se que resolva os problemas que o sistema político não consegue resolver. Mas a criação de expectativas exageradas acerca do judiciário é, ela própria, uma fonte de problemas.⁹⁵

Defender a ordem jurídica, nessa realidade, é legar a judicialização da Política à condição de *ultima ratio*, priorizando termos de ajustamento de conduta, recomendações e convênios. Somente em caso de superadas tais tratativas, angariados dados técnicos suficientes por meio de redes de trocas de informações entre o Ministério Público, *provedor da linguagem jurídica*, instituições político-administrativas envolvidas na temática, *provedoras da linguagem político-administrativa*, e as *comunidades* diretamente envolvidas, que se formam as condições necessárias para se atestar o insucesso das instâncias políticas em resolver o impasse social, mesmo com a intervenção do Ministério Público, e partir para a judicialização do conflito.

Com relação ao regime democrático, a tendência em ascensão (o comportamento complexo) propõe a elaboração de políticas públicas em rede, com a participação da sociedade de forma difusa e espontânea, visando à consecução de uma ou mais metas em escala micro, como a melhoria do ensino da escola da comunidade, a criação de um posto de saúde num bairro ou de um hospital numa cidade, uma melhor implementação de ciclovias na região, entre vários outros exemplos disponíveis na realidade social.

⁹⁵ SANTOS, Boaventura de Souza *apud* ROTUNNO, Angela Salton. Judicialização e juridicização da saúde no Ministério Público. **Revista do Ministério Público do RS**. Porto Alegre, MP, n. 69, maio-ago. 2011.

A democracia em redes, assim, se realiza através de pontes de diálogos entre movimentos sociais transindividuais ou coletivos⁹⁶, instituições governamentais, pessoas físicas e instituições privadas, todos interconectados. O Ministério Público, como defensor do regime democrático, deve buscar, numa situação de conflito social sobre políticas públicas, a coordenação (intermediação de soluções) entre os atores desse processo⁹⁷, articulando as escalas micro (gestões locais, comunitárias; direitos fundamentais na dimensão individual) e macro (programas políticos, que possuem alto impacto na sociedade, de forma coletiva ou difusa), no sentido de obter a melhor prestação à sociedade, seja ela de cunho político-administrativo, quando o conflito se resolve entre as próprios agentes envolvidos, ou – como *ultima ratio* – jurídico, demandando judicialmente a prestação de determinado direito social para o caso sob litígio. Essa intermediação, com o intuito de fomentar soluções democráticas, é a sua vocação constitucional, como explicita Marcelo Pedroso Goulart:

[...] não foi difícil ao constituinte reconhecer no Ministério Público um dos canais que a sociedade poderia dispor para a consecução do objetivo estratégico da República brasileira, qual seja, a construção de uma democracia econômica e social. A trajetória traçada historicamente pela Instituição habilitou-a à representação dos interesses sociais e dos valores democráticos. Nessa perspectiva, a Constituição de 1988 consolidou o novo perfil político-institucional do Ministério Público, definindo o papel essencial que deve desempenhar numa sociedade complexa, na defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, instrumentalizando-o para tais fins (CR, art. 127, caput).⁹⁸

Outra questão atinente à finalidade do Ministério Público como defensor do regime democrático, que será analisada com mais detalhes no próximo tópico, é a prioridade, caso seja necessário judicializar políticas públicas, em contestá-las na escala micro, buscando com

⁹⁶ Neste ponto, diferenciam-se movimentos sociais coletivos, já tradicionais – como sindicatos, associações e partidos políticos –, da participação da sociedade de forma espontânea e mais difusa. Não se quer com isso negar a importância dos movimentos coletivos tradicionais, mas apenas ratificar uma tendência pós-moderna de outros tipos de movimentos sociais, mais difusos e em redes, proposta deste estudo. Note-se, por exemplo, que muitas dessas organizações coletivas têm forte poder para influenciar a realização de políticas públicas em macroescala (rede de políticas públicas de alto impacto), o que geralmente não ocorre no caso dos movimentos sociais difusos ou transindividuais, em que a comunidade se envolve em políticas públicas em microescala, é dizer, buscam soluções mais pontuais e concretas nos impasses de direitos sociais.

⁹⁷ Isso sempre no intuito de criar um ambiente propício ao desenvolvimento da democracia, através da solução de impasses sem que seja necessária a intervenção do Judiciário, como afirmado anteriormente. Como assevera Lenio Streck, “a assertiva de que o Estado Democrático de Direito dependeria muito mais de uma ação concreta do Judiciário do que de procedimentos legislativos e administrativos *deve ser deveras relativizada*. O Judiciário não pode ser a solução mágica para os problemas do fracasso do *welfare state*. Aliás, em determinadas circunstâncias, corre-se o risco de ‘criar’ cidadãos de segunda classe, que, em vez de reivindicarem seus direitos no campo da política, apostam no paternalismo jurídicista.” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 65)

⁹⁸ GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e Democracia - Teoria e Práxis**. Leme: Editora de Direito, 1998. p. 90.

isso preservar as políticas públicas de macroescala, que são elaboradas por programas de agentes políticos democraticamente eleitos.

Com relação à defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o contexto aferido de elaboração de políticas públicas em redes e seu caráter transindividual clama por uma mudança de paradigma no modo de produção do Direito, ainda muito focado em conflitos interindividuais. Encampa-se, neste ponto, a tese do professor Lenio Streck, para quem a consecução de direitos de segunda e terceira dimensão exige uma profunda mudança de cultura jurídica:

Como respondem os juristas a esses problemas, produtos de um sociedade complexa, em que os conflitos (cada vez mais) têm um cunho transindividual? Na primeira hipótese, se a justiça tratar da invasão/ocupação de terras do mesmo modo que trata os conflitos de vizinhança, as consequências são gravíssimas (e de todos conhecidas...!). Na segunda hipótese (crimes de colarinho branco e similares), os resultados são assustadores, bastando, para tanto, examinar a pesquisa realizada pela Procuradora da República Ela Castilho, cujos dados dão conta de que, de 1986 a 1995, somente 5 dos 682 crimes financeiros apurados pelo Banco Central resultaram em condenações em primeira instância na Justiça Federal. A pesquisa revela, ainda, que 9 dos 682 casos apurados pelo Banco Central também sofreram condenações nos tribunais superiores. Porém – e isso é de extrema relevância – nenhum dos 19 réus condenados (verificar este número) por crime do colarinho branco foi para a cadeia! Esse quadro, no que tange ao número de condenações, passados mais de 15 anos, não apresenta alterações significativa. Em recente pesquisa a respeito dos crimes de lavagem de dinheiro, entre os anos 2000 e 2012, verifica-se, de um modo geral, que as condenações perfazem um percentual inferior a 10% do total dos processos criminais. Nesse sentido, Francis Rafael Beck apresenta os seguintes dados: 9 condenações dos 116 processos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; 79 condenações em 1017 julgados no âmbito dos Tribunais Regionais Federais; 14 condenações dos 471 casos julgados no Superior Tribunal de Justiça; e apenas uma condenação entre as 94 ações julgadas pelo Supremo Tribunal Federal.⁹⁹

Esse baixo índice de condenações em crimes que afetam de forma difusa a toda a sociedade seria, segundo o jurista gaúcho, reflexo do despreparo cultural da comunidade jurídica em lidar com relações transindividuais, a exemplo dos crimes de colarinho branco, o meio ambiente, relações de consumo, cultura e educação, entre outros. Instrumentos constitucionais, previstos para trazer efetividade às respostas jurisdicionais nas demandas que afetam direitos de segunda e terceira dimensão, tais como a substituição processual, a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção (individual e coletivo), estariam em condição de subutilização, na medida em que a cultura jurídica

⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 45.

brasileira estaria ainda presa a visões hermenêuticas positivistas e a um modo liberal-individualista-normativista de produção de Direito¹⁰⁰.

Sem adentrar nos pormenores da análise hermenêutica do professor Lenio Streck, a qual envolve questões filosóficas como a viragem linguística¹⁰¹, o que afastaria o foco deste trabalho, a função do Ministério Público, como defensor constitucional dos interesses sociais e individuais indisponíveis, consubstancia-se na compreensão da transindividualidade desses interesses, o que implica na busca da coordenação dos movimentos complexos, através da compilação de dados técnicos, jurídicos e democráticos de todos os atores envolvidos na elaboração de políticas públicas na pós-modernidade, com a valorização dos diálogos institucionais, a abertura de canais democráticos de comunicação entre os agentes sociais e o aperfeiçoamento material de instrumentos jurídicos de prestação jurisdicional de direitos de segunda (dimensão coletivo-social) e terceira dimensão (transindividualidade jurídico-social).

O desenvolvimento de políticas públicas em rede é essencial para que a terceira dimensão dos direitos fundamentais desenvolva a sua instrumentalidade. Nesse escopo, o Ministério Público é um importante agente de mudança cultural do Direito, no campo hermenêutico; de mudança social das estruturas político-administrativas, ao exigir das instituições públicas a comunicação com os canais sociais de democracia participativa; e também um parceiro institucional das comunidades, ao traduzir a linguagem das instâncias

¹⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 43-48.

¹⁰¹ “Em decorrência, em face da prevalência do paradigma epistemológico da filosofia da consciência (em seus vários desdobramentos de Descartes a Kant, Fichte, Schelling Hegel, Husserl e Betti – este pela sua importância e direta influência no campo da interpretação jurídica – só para citar os principais), não é temerário afirmar que, no *campo jurídico* brasileiro, a linguagem ainda tem um caráter secundário, *como terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto, enfim, uma espécie de instrumento ou veículo condutor de essências e corretas exegeses dos textos legais*. Essa lógica do sujeito, é dizer, o ser é sempre em função do sujeito, que provém de Descartes, é rompida pela viragem linguística, mormente por Wittgenstein, e pela ontologia heiddegeriana. Lamentavelmente, e aí está assentada uma das faces da crise paradigmática –, *o campo jurídico brasileiro continua sendo refratário a essa viragem linguística*.”

Apoiado em Castanheira Neves, é relevante deixar assentado que, com a viragem/reviravolta linguística, fica excluída (*aquel*) a evidência primeira, seja racional (como em Descartes) ou empírica (como em Locke) e igualmente qualquer pretensa direta e *privilegiada representação intencional-objetiva pré-linguística* (como na fenomenologia de Husserl), *passando o homem a orientar-se no mundo e nele agir mediante a e pela linguagem*, como, no dizer de Quine, ‘o que há no mundo não depende em geral do nosso uso da linguagem, mas já depende deste uso o que podemos dizer que há’; Heidegger, para quem a ‘*linguagem é a casa do ser*’; Gadamer, para quem ‘*ser que pode ser compreendido é linguagem*’, Seiffert, que diz não ser exagero ‘*se designarmos a época da linguagem como a terceira era da filosofia, depois da época do ser (antiguidade e idade média) e da época da consciência (idade moderna até a análise da linguagem)*’. Passa-se, enfim, da essência para a significação, no qual o importante e decisivo não está em se saber o que são as coisas em si, mas *saber o que dizemos quando falamos delas*, o que queremos dizer com, ou que significado têm as expressões linguísticas (a linguagem) com que manifestamos e comunicamos esse dizer das coisas. (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 72-73)

político-administrativas à realidade social, trazendo-lhes dados técnico-jurídicos e financeiro-orçamentários simplificados, e ao auxiliar-lhes na abertura de canais de comunicações com os órgãos públicos, aproximando os programas políticos e a execução de políticas públicas da realidade em microescala.

Enfim, como defensor de interesses sociais e individuais indisponíveis, o Ministério Público pós-moderno deve ser um interlocutor da transindividualidade.

Dadas as premissas da função do Ministério Público como intermediador de diálogos institucionais sobre políticas públicas/direitos sociais, passa-se a revisitar os casos judiciais estudados no primeiro capítulo, sob a ótica dos princípios analisados.

3.2 Casos judiciais revisitados

No primeiro capítulo, foram analisados, em caráter descritivo, quatro casos judiciais que ilustravam a tensão atual na definição de funções entre o Judiciário e o Executivo: casos Escola Classe 121 de Samambaia, Hospital Padre Jeremias, Fosfoetanolamina e Ciclovias de São Paulo.

O ponto comum a todos esses casos consubstancia-se no fato de que todos eles foram judicializados e, como visto, a judicialização de políticas públicas é a medida mais gravosa, a *ultima ratio* no modelo pós-moderno de elaboração complexa dessas políticas, em redes de escalas macro e microscópicas, devendo ser em princípio evitada. Neste tópico, os casos, já descritos, serão revistos em uma análise crítica, sob a perspectiva dos estudos feitos.

3.2.1 Caso Escola Classe 121 de Samambaia: impossibilidade jurídica do pedido?

O enfoque crítico no caso Escola Classe 121 concentra-se nos argumentos trazidos aos autos da AC 2009.01.1.157961-7 pelo Distrito Federal, de impossibilidade jurídica do pedido, pela hipótese de o MPDFT estar interferindo diretamente na seara exclusiva de outro poder.

O argumento não merece prosperar, pois, como visto, o princípio da separação de Poderes teve sua dinâmica transformada pela base jurídico-filosófica do neoconstitucionalismo, com a força normativa dos princípios, e o conseqüente aumento da complexidade na elaboração de políticas públicas, ambos padrões do paradigma do Estado Constitucional de Direito. Disso resulta que o Judiciário deve intervir em questões atinentes a

direitos sociais quando a inoperância de políticas públicas afetem normas constitucionais. É dizer, a estrutura clássica da separação de Poderes foi superada e a possibilidade jurídica do pedido é inerente à hodierna teoria de Estado pós-moderno, com o sistema jurídico do Estado Constitucional de Direito.

Segundo o modelo elaboração de políticas públicas em redes, a judicialização deve ter por premissa o insucesso na busca da composição do conflito social pelas instâncias políticos-administrativas, pela comunidade envolvida e pelo Ministério Público, como representante dos interesses difusos e coletivos, defensor da ordem jurídica e do regime democrático. Assim, em o Distrito Federal demonstrando a inoperância do Ministério Público em intermediar os canais de comunicação e buscar a composição do conflito social, poder-se-ia argumentar falta de interesse de agir – mais precisamente falta de utilidade ou necessidade da ação – de acordo com a linha de raciocínio da prestação jurisdicional em direitos sociais como *ultima ratio*. Contudo, não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido.

Em havendo utilidade, necessidade, razoabilidade para o Ministério Público judicializar o conflito social, por outro lado, o Órgão – como defensor dos interesses transindividuais – deve não somente levar o conflito ao Judiciário, mas também propiciar os diálogos institucionais entre Judiciário e Executivo, no sentido de auxiliar o Juiz na aferição dos elementos da linguagem político-administrativa (dados financeiro-orçamentários, técnico-científicos, entre outros), confrontando-os com os argumentos jurídicos. Os órgãos e entes do Executivo envolvidos no conflito, por sua vez, devem simplificar os elementos da linguagem político-administrativa levados a Juízo, pois têm por dever legal facilitar sua assimilação pelo órgão julgador, na defesa do interesse público primário. O objetivo dessa abordagem é trazer os elementos essenciais à efetividade do processo judicial, para que o interesse social seja alcançado na judicialização do conflito.

A intervenção do Judiciário no orçamento público – outra hipótese rechaçada nos autos pelo Distrito Federal – com o escopo de corrigir jurisdicionalmente uma política pública (ou sua falta) em microescala (como uma escola em estado periclitante), é retrato do comportamento complexo do Estado pós-moderno, como visto. Quando necessária, não se trata de intervenção indevida.

3.2.2 Caso Hospital Padre Jeremias: intervenção judicial e discricionariedade do administrador público

No caso Hospital Padre Jeremias, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu, em acórdão, por não se envolver na política pública judicializada. O argumento utilizado para tanto foi, em suma, o dos efeitos negativos que o excesso de ações judiciais com a temática dos direitos sociais geraria para preservação da independência entre os Poderes, por pautar a conduta do administrador público e, dessa forma, suas prioridades, diante de uma série de direitos assegurados constitucionalmente e não implementados.

Já se tratou por diversas vezes neste estudo sobre a utilização da judicialização de direitos sociais apenas como *ultima ratio*.

Decisões autorrestritas ou minimalistas, por sua vez, cujos conteúdos buscam preservar o papel do Juiz dentro dos limites clássicos do Judiciário – em conformidade com o paradigma do Estado moderno –, são uma possibilidade frente ao caso concreto de demandas sobre políticas públicas, mas exigem fundamentação ampla, que abarque o mais variado plexo possível de elementos jurídico-administrativos, com o intuito de justificar a superação da preliminar de falta de interesse de agir do MP, num primeiro momento, e a posterior análise do mérito, em um processo judicial que, como afirmado alhures, é sinal de fracasso do Estado moderno e da classe política em lidar com questões sociais, além de representar mais dispêndio de dinheiro do contribuinte.

Assim, o argumento de que a intervenção do Judiciário em políticas públicas afeta a discricionariedade do administrador parece somente ser razoável quando se levantam, na decisão judicial, dados orçamentários que evidenciem a não implementação da política pública sob litígio por impossibilidades financeiras de serem atendidas todas as prioridades. Para tanto, devem-se afastar, primeiramente, as hipóteses de omissão, descaso, burocracia ou patrimonialismo no trato do atendimento às necessidades básicas da comunidade atingida.

Dentro desse contexto, o Juiz deve, por óbvio, ter superado a hipótese já aventada de falta de interesse de agir do MP, demonstrando a diligência desse em ter buscado a não judicialização do caso concreto e o envolvimento dos atores responsáveis pela transindividualidade da demanda social, para a solução não jurisdicional do conflito.

3.2.3 Caso Fosfoetanolamina: descoordenação

O caso é emblemático e chama a atenção por um fator notável: a descoordenação entre as ações do Legislativo e da Presidência da República, por um lado, e as da Universidade de São Paulo, da ANVISA e da Procuradoria-Geral da República, por outro.

O Ministério Público, no pedido de suspensão de tutela 828, no qual o Min. Lewandowski decidiu manter o fornecimento da substância enquanto houvesse estoque remanescente, foi resistente aos clamores populares (e compreensíveis) de pacientes e familiares que buscavam a produção e distribuição imediata de um químico que àquela altura ainda não tinha passado por testes científicos minimamente aceitáveis sobre a sua eficácia como um fármaco. Seguiu as recomendações da USP e da ANVISA, opinando pela suspensão do fornecimento da fosfoetanolamina. Tratou-se de uma série de diálogos institucionais produtores, que buscaram o acesso à informação (vide as notas de esclarecimento publicadas pela USP e pela ANVISA, já descritas no primeiro capítulo) e culminaram em ações coordenadas entre a instituição científico-educacional, a agência reguladora de vigilância sanitária e o MP, com intuito de preservar, com base na falta de comprovação científica, a saúde de pacientes que se submetiam a um tratamento sem eficácia evidenciada.

A Presidência da República e o Congresso Nacional, em contraposição, colocaram-se institucionalmente em consonância aos clamores populares, desconsiderando a falta de estudos suficientes sobre a substância, materializadas nas informações fornecidas pela USP e pela ANVISA, o que deu um tom desarticulado e populista a um processo legislativo desarrazoadamente célere, diante da polêmica que fora instaurada sobre temas tão caros às pessoas, como o direito à saúde, à vida e à informação.

Finalmente, o Judiciário foi institucionalmente hesitante durante o desenvolvimento da polêmica, mas paulatinamente evoluiu o debate até a suspensão da eficácia da Lei 13.269/2016 pelo STF, o que gerou vinculação da decisão do tribunal supremo aos demais órgãos jurisdicionais e foi assim um fator de coordenação do sistema jurídico quanto ao sensível tema, bem como de articulação do Poder com as recomendações de outras instituições públicas.

3.2.4 Caso ciclovias de São Paulo: intervenção em macroescala

Este caso evidencia o quanto a judicialização de políticas públicas pode representar um tênue limite entre a discussão jurídica sobre direitos sociais e a polarização política dentro do debate jurídico.

A proposta para evitar esse tipo de comportamento nocivo ao sistema jurídico atém-se em priorizar, quando caracterizada a necessidade de judicialização de políticas públicas, uma argumentação jurídica que conteste apenas aspectos pontuais e falhos do programa político de ação, o qual é elaborado por agentes democraticamente eleitos. O objetivo, com isso, é evitar imiscuir-se na estrutura macroscópica de elaboração de políticas públicas, ou seja, buscar não interferir no projeto político em determinada área, e corrigir somente aspectos microestruturais que comprovadamente ofendam direitos sociais e transindividuais.

No caso em exame, o Ministério Público pugnou pela paralisação de todas as atividades, serviços e obras referentes ao programa de implementação do sistema cicloviário no Município de São Paulo, até que se realizassem estudos técnicos e que fossem realizadas audiências públicas referentes a toda e qualquer ciclovia, ciclofaixa, ciclorrota e faixa compartilhada que se pretendesse implantar na Cidade. Alegou, para tanto, que a implementação do sistema cicloviário no Município de São Paulo decorreria, exclusivamente, da vontade política do administrador que, no caso em exame, não se coadunaria com o interesse público¹⁰², e que houve um “desenvolvimento exacerbado do sistema cicloviário” no município de São Paulo¹⁰³.

Esse tipo de abordagem pode levar à paralisação, via decisão judicial, de todo um programa político elaborado por um agente democraticamente eleito, o que gera uma tensão profunda entre os conceitos de democracia e de neoconstitucionalismo.

É possível verificar, nos autos do inquérito civil 412/14 (imagens em anexo), algumas más intervenções e falhas na implementação de ciclovias, ciclorrotas, ciclofaixas e faixas compartilhadas. Em algumas, claramente faltaram estudos técnicos suficientes ou consulta à população local, concretizada em audiências públicas, para que fosse alcançada a máxima efetividade da execução do projeto, o que evidencia pontuais lesões a direitos sociais e transindividuais. Por outro lado, embora tenha trazido argumentos jurídicos sobre a necessidade da gestão participativa, em nenhum momento o Ministério Público do Estado de

¹⁰² SÃO PAULO. Ministério Público. IC 414/14. 3ª Promotoria de Justiça de Habitação e Urbanismo.

¹⁰³ SÃO PAULO. Ministério Público. IC 414/14. 3ª Promotoria de Justiça de Habitação e Urbanismo.

São Paulo tratou, nos autos do IC 412/14, sobre tentativas de não judicializar o conflito através de medidas como termos de ajustamento de conduta ou de iniciativas para estimular a gestão pública em redes de interação macro e micro, é dizer, para estimular a alegada falta de gestão participativa, o que é dever constitucional do *Parquet*, como já tratado.

Atualmente, sabe-se que o programa de implantação em larga escala do sistema cicloviário de São Paulo trouxe impactos positivos ao Município, como a queda nos óbitos de pedestres e ciclistas, respectivamente, em 24,5% e 34%, comparando-se à quantidade de óbitos ocorridos em 2014¹⁰⁴. Intervenções na avenida Paulista foram posteriormente consideradas sucesso de público e de crítica¹⁰⁵.

Como evidenciado neste trabalho, a judicialização de políticas públicas exige estudo prévio, vasto e conclusivo sobre a inefetividade da sua implantação ou da omissão do poder público em garantir um direito social/transindividual a uma comunidade, bem como do insucesso das tentativas de composição do conflito através do estímulo à criação de redes de comunicação e ação entre as comunidades atingidas, o poder público e o MP, como defensor institucional da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A intervenção judicial em políticas públicas é problemática tanto para o sistema jurídico quanto o político, como já evidenciado. A tentativa de obstrução judicial de um programa político, ou seja, de uma política pública em larga escala, representa o ápice da tensão entre a democracia e o neoconstitucionalismo, sinal de colapso sistemático do Estado de Direito.

3.3 Estatísticas sobre a judicialização no Ministério Público

Desde 2012, o Conselho Nacional do Ministério Público publica anualmente números dos feitos dos MPE e do MPU. A cada ano, o CNMP tem aumentado e especificado sua base de dados: os números de 2011 sobre a matéria extrajudicial (publicados em 2012), por exemplo, contêm apenas informações do MPF sobre procedimentos extrajudiciais instaurados e arquivados, ao passo que a publicação de 2015 contém números sobre

¹⁰⁴ SÃO PAULO. Secretaria Executiva de Comunicação. **Mortes no trânsito caem 20,6%, e 257 vidas são salvas em um ano**. Disponível em: <<http://www.capital.sp.gov.br/portal/noticia/9697/>> Acesso em: 09 abr. 2016.

¹⁰⁵ SANTIAGO, Tatiana. **Ciclovía da Paulista reduziu tempo de trajeto, dizem ciclistas no 1º dia útil**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/06/ciclovía-da-paulista-reduziu-tempo-de-trajeto-dizem-ciclistas-no-1-dia-util.html/>> Acesso em: 30 maio 2016.

procedimentos extrajudiciais arquivados, instaurados, petições iniciais (judicialização), recomendações e termos de ajustamento de conduta separados por tema (como saúde, educação, direito do consumidor) e por unidade da Federação.

Isso demonstra uma gradual evolução institucional do Ministério Público rumo à formulação de uma base de dados nacional dos fatores de judicialização de políticas públicas no País.

Há dados, contudo, que ainda não são divulgados, como o percentual de procedimentos extrajudiciais instaurados que são arquivados, ou o percentual de termos de ajustamento de conduta, recomendações e petições iniciais que são elaboradas a partir dos procedimentos instaurados: os dados divulgados referem-se apenas aos procedimentos instaurados, arquivados, termos de ajustamento de conduta, recomendações e petições iniciais elaboradas em cada ano.

Ademais, a base de dados, obtida a partir de 2012, por ser relativamente nova, não é hábil para formalizar um padrão consistente sobre a judicialização no Ministério Público, por falta de números anteriores a 2011, mas é possível lograr através daquela alguns percentuais de termos de ajustamento de conduta, recomendações e petições iniciais de processos judiciais, em comparação aos procedimentos cíveis instaurados no Ministério Público.

No MPF, em 2011, foram instaurados 35.218 inquéritos civis e procedimentos preparatórios, e 31.719 procedimentos desse tipo foram arquivados¹⁰⁶.

Em 2012, já com uma base de dados maior, é possível verificar que, em comparação aos 19.781 procedimentos instaurados, os que foram arquivados no ano perfazem 54% desse número (10.664 processos arquivados), as petições iniciais de processos judiciais perfazem 2% (454 petições iniciais distribuídas, a partir de inquéritos civis e procedimentos preparatórios) e as recomendações, 12% (2.047 recomendações)¹⁰⁷.

A partir de 2013, o CNMP iniciou o levantamento dos números de termos de ajustamento de condutas celebrados no MPF. Foram 19.853 procedimentos instaurados, 16.088 arquivados, 2.336 recomendações, 233 termos de ajustamento de conduta e 588 petições iniciais. Assim, é possível verificar que a cada 100 petições iniciais feitas, em torno de 40 termos de ajustamento de condutas foram celebrados em 2013. Ademais, o índice de judicialização, em comparação aos inquéritos civis e procedimentos preparatórios instaurados

¹⁰⁶ CNMP. **Ministério Público: um retrato – ano 2: dados de 2012**. Brasília: CNMP, 2013. p. 250-251.

¹⁰⁷ CNMP. **Ministério Público: um retrato – ano 2: dados de 2012**. Brasília: CNMP, 2013. p. 351-352.

no ano foi em torno de 3% e as recomendações feitas e TAC celebrados somam 2.569: 13%, em comparação aos inquéritos civis instaurados¹⁰⁸.

Em 2014, foram instaurados 25.771 inquéritos civis e procedimentos preparatórios, e arquivados 21.435. Foram também feitas 4.197 recomendações, celebrados 368 termos de ajustamento de conduta e distribuídas 5.494 petições iniciais. Dessa forma, para cada 100 petições iniciais distribuídas houve aproximadamente 7 TAC celebrados no ano. O índice de judicialização, em comparação aos inquéritos civis e procedimentos preparatórios instaurados em 2014 foi em torno de 21% e as recomendações feitas e TAC celebrados somam 4.565: 18%, em comparação aos inquéritos civis instaurados¹⁰⁹.

Com relação aos MPE e MPDFT, em 2011 foram instaurados 211.658 inquéritos civis e procedimentos preparatórios e arquivados 114.370. Dos arquivados, 41.892 o foram com termos de ajustamento de conduta: um percentual de 20%, em comparação aos procedimentos instaurados no mesmo ano¹¹⁰.

Em 2012, foram instaurados 136.317 inquéritos civis e procedimentos preparatórios e arquivados 56.034. Foram feitas 5.721 recomendações, celebrados 9.120 termos de ajustamento de conduta e distribuídas 17.673 petições iniciais. Assim, para cada 100 petições iniciais, aproximadamente 52 TAC foram celebrados no ano. O índice de judicialização, em comparação aos inquéritos civis e procedimentos preparatórios instaurados em 2012 foi em torno de 13% e as recomendações feitas e TAC celebrados somam 14.841: 11%, em comparação aos inquéritos civis instaurados¹¹¹.

Em 2013, por sua vez, foram instaurados 466.094 inquéritos civis e procedimentos preparatórios e arquivados 108.600. Foram feitas 12.788 recomendações, celebrados 7.957 termos de ajustamento de conduta e distribuídas 37.176 petições iniciais. Desse modo, para cada 100 petições iniciais, aproximadamente 52 TAC foram celebrados em 2013. O índice de judicialização, em comparação aos inquéritos civis e procedimentos preparatórios instaurados no ano foi em torno de 8% e as recomendações feitas e TAC celebrados somam 20.745: 4%, em comparação aos inquéritos civis instaurados¹¹².

Finalmente, em 2014, nos MPE e MPDFT, foram instaurados 253.423 inquéritos civis e procedimentos preparatórios e arquivados 149.915. Foram feitas 7.149 recomendações,

¹⁰⁸ CNMP. **Ministério Público: um retrato: dados de 2014, volume IV**. Brasília: CNMP, 2015. p. 287-310.

¹⁰⁹ CNMP. **Ministério Público: um retrato: dados de 2014, volume IV**. Brasília: CNMP, 2015. p. 285-305.

¹¹⁰ CNMP. **Ministério Público: um retrato: dados de 2011**. Brasília: CNMP, 2012. p. 55-58.

¹¹¹ CNMP. **Ministério Público: um retrato – ano 2: dados de 2012**. Brasília: CNMP, 2013. p. 64-72.

¹¹² CNMP. **Ministério Público: um retrato: dados de 2014, volume IV**. Brasília: CNMP, 2015. p. 53-60.

celebrados 10.596 termos de ajustamento de conduta e distribuídas 33.553 petições iniciais. Desse modo, para cada 100 petições iniciais, aproximadamente 32 TAC foram celebrados em 2014. O índice de judicialização, em comparação aos inquéritos civis e procedimentos preparatórios instaurados no ano foi em torno de 13% e as recomendações feitas e TAC celebrados somam 17.745: 7%, em comparação aos inquéritos civis instaurados. Além disso, em 2014 o CNMP incluiu na base de dados os números de audiências extrajudiciais e de diligências realizadas pelos MPE e MPDFT: 45.007 e 530.000, respectivamente (BRASIL, CNMP, 2015, pp. 44-57).

Essas estatísticas, elaboradas neste trabalho a partir dos dados disponibilizados pelo CNMP, são incipientes e inconclusivas, seja porque recente a base de dados coletados (a partir de 2011), seja porque a aferição realizada não permite uma averiguação qualitativa dos instrumentos extrajudiciais utilizados pelo Ministério Público, como recomendações e termos de ajuste de conduta. Contudo, são análises quantitativas úteis para um controle futuro da atuação do *Parquet*, quando houver uma base de dados mais robusta e complexa.

A análise, tanto quantitativa quanto qualitativa, da atuação do Ministério Público é fundamental nesta nova realidade de judicialização de direitos sociais e de realização de políticas públicas em redes, pois a articulação de políticas públicas macro e micro depende de uma efetiva coordenação de ambas as escalas de ação, o que implica lidar com a complexidade de uma gama variada de informações. A gestão de dados, neste modelo, torna-se essencial tanto para o sistema político quanto para o sistema jurídico, que passam a encontrar pontos de interconexão.

Por outro viés, a judicialização como *ultima ratio* demanda a priorização de formas de composição extrajudicial dos conflitos sociais, o que coloca os instrumentos extrajudiciais do Ministério Público, como termos de ajustamento de conduta e convênios, sob uma perspectiva de indicadores fundamentais da atuação institucional. A análise desses indicadores, como já afirmado, deve ser tanto quantitativa como qualitativa e deve ter por escopo instrumentalizar a atuação em redes do *Parquet* com as comunidades e com órgãos do Judiciário e do Executivo.

A gestão da complexidade, através da interpretação e aplicação de dados institucionais, administrativos, jurídicos e políticos, é essencial na transição paradigmática do Direito e da Política, bem como o meio de evolução das políticas públicas, que encontram na gestão participativa, que tem por pedra-de-toque a troca de informações e ações entre as

comunidades e as instâncias governamentais, uma resposta às falhas nas promessas do Estado Moderno.

CONCLUSÃO

1. O neoconstitucionalismo, em síntese, representa: (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

2. Dessa forma, o neoconstitucionalismo criou um aparato complexo no sistema jurídico que propiciou o surgimento do fenômeno do ativismo judicial.

3. A complexidade da sociedade contemporânea é tida por juristas como causa do surgimento do neoconstitucionalismo, base teórica do ativismo judicial brasileiro. Tem-se, então, que esse fenômeno jusfilosófico é o efeito de uma causa profunda, que transborda os limites do Direito e até mesmo das ciências humanas.

4. Para John Casti, uma situação de grande desnível de complexidade entre dois sistemas que interagem e sua tendência a um colapso é reflexo da *lei da complexidade necessária*, a qual determina que o sistema de controle deve ter, ao menos, o mesmo nível de complexidade que o sistema controlado. Interpretando-se a lei da complexidade necessária entre sistemas associados ou concorrentes e a teoria dos sistemas de Luhmann ao contexto do neoconstitucionalismo na América do Sul, é possível a compreensão do fenômeno neoconstitucionalista como “resposta” do sistema social do Direito à crescente demanda populacional por melhores prestações de serviços públicos (ou direitos sociais, na semântica do Direito), numa realidade em que a Política, ainda presa a velhas estruturas oligárquicas, patrimonialistas e excessivamente burocráticas, não provê às pessoas uma efetiva/digna implementação desses serviços/direitos.

5. O Direito emerge, então, como um subsistema social que, com seu código e sua semântica própria, se torna o último recurso do Estado moderno para evitar seu colapso. Diante do engessamento da Política, o Direito busca equiparar a complexidade da governança, *sistema de controle*, à complexidade das demandas da população, *sistema controlado*. A base teórica do neoconstitucionalismo e o ativismo judicial, nesse sentido, são instrumentos do

aumento da complexidade jurídica para tentar desfazer o fosso (a diferença de complexidade) entre o subsistema político e a sociedade.

6. John Casti, ao elucubrar sobre a forma fundamental de evitar desníveis de complexidade na sociedade moderna, afirma que “[e]vitar essa lacuna significa projetar nossos sistemas para que funcionem como um todo unificado, e não como uma coleção de sistemas geridos isoladamente”. Nesse sentido, a Política e instituições de governança por excelência têm acesso a dados e a uma linguagem não facilmente absorvível pelos órgãos do Judiciário, o que torna a substituição de políticas públicas de gestores do Executivo por decisões judiciais uma tarefa árdua, que exige visão de cooperação entre os Poderes.

7. Para Yaneer Bar-Yam, o comportamento cooperativo e complexo somente surge quando os componentes (indivíduos) são conectados em redes (*networks*) de funções especializadas.

8. Quando se trata de comportamento de sistemas, segundo Bar-Yam, são três as situações possíveis: comportamento aleatório, coerente ou complexo (1997, p. 5). Na biologia, são exemplos de comportamento aleatório micro-organismos movendo-se randomicamente. Infecções, quando esses micro-organismos produzem comportamento uniformizado e análogo, ao atacar células de outro organismo, são exemplos de comportamento coerente. As células do corpo humano, por sua vez, agrupadas conjuntamente em tecidos e órgãos, com vários graus de coerência e independência de seus comportamentos, são exemplos de comportamento complexo. Em sistemas sociais, multidões de pessoas se movendo de forma randômica são exemplos de comportamento aleatório. Exércitos da Idade Antiga, que realizavam vastas e coerentes ações de muitos indivíduos, através de movimentos similares e relativamente simples, exemplificam comportamentos coerentes. Grandes corporações empresariais, que envolvem comportamentos diversos e especializados de indivíduos, os quais, não obstante, são coordenados, são exemplos de comportamentos complexos.

9. Diferentemente de sistemas coerentes, sistemas complexos contêm comportamentos em escala microscópica e em escala macroscópica, conformando uma distribuição de escalas pela qual o comportamento complexo se manifesta. O que diferencia esse tipo de comportamento do aleatório, por sua vez, é a coordenação entre vários subgrupos do sistema complexo, gerando correlações apreensíveis pelo observador.

10. A grande questão em sistemas sociais, para o físico americano, ocorre porquanto, por milhares de anos, a estrutura tradicional das organizações humanas foi baseada em

controle hierárquico, linear, de larga escala (macroscópica). Assim se organizaram exércitos, linhas de montagem industrial, escolas (com suas divisões em séries, que uniformizam as capacidades e potenciais de alunos), sistemas de governança.

11. Sistemas complexos, como já afirmado, atuam através de comportamentos em escala microscópica e macroscópica. Analise-se esse modelo através do sistema contemporâneo de prestação de políticas públicas, com relação ao direito social à saúde: em larga escala, a Administração Pública elabora as políticas de alto impacto, perpassando por questões de orçamento, efetividade da prestação, prioridades, etc.; em escala microscópica, o cidadão João da Silva não se sente legitimamente alcançado por essas ações em larga escala quando a Administração se nega a conceder-lhe determinado medicamento para tratar sua doença rara e grave. João, então, ingressa com uma ação judicial para que a Justiça determine a concessão do medicamento. O Juiz, nesse contexto, atuará como órgão responsável pela realização de uma política pública em microescala e utilizará, essencialmente, a linguagem jurídica para aferir a legitimidade da demanda. Surge, assim, a seguinte problemática: sistemas complexos necessitam de coordenação para que se alcance sua finalidade, que é uma atuação em redes interconectadas de ações e comunicações. Sem coordenação não há sistemas complexos, mas apenas movimentos aleatórios.

12. A linguagem jurídica, conseqüentemente, necessita conectar-se à linguagem de elaboração de políticas públicas em larga escala, no sentido de aprimorar o sistema e conceder a prestação mais efetiva ao cidadão, que é o objetivo da prestação de um direito social/política pública.

13. Situações cotidianas nas comunidades do mundo pós-moderno apontam para o aumento progressivo da complexidade na elaboração de políticas públicas, pois são perceptíveis as características de um comportamento complexo em ascensão, notadamente soluções em rede e comportamentos em escala microscópica. Essas soluções transformam os próprios conceitos de serviço público e de política pública, e possuem caráter difuso na sociedade e nas instituições, constituindo uma rede complexa de ações e comunicações. Elas anunciam uma maior abertura social à democracia participativa e demonstram que o fim de qualquer ação na esfera pública deve ser a pessoa humana, e que só se alcança esse objetivo quando a ação estiver em harmonia com a sociedade, haja vista o interesse social ser transindividual. Portanto, o protagonista dessa revolução silenciosa é o próprio cidadão, que atesta a cada dia seu empoderamento e o fato de que instituições não são um fim em si mesmas.

14. Contudo, movimentos complexos necessitam de coordenação e, embora as instituições não sejam fins em si mesmas, podem ser instrumentos eficazes para a consecução de objetivos em comunidade. Em direitos sociais, as novas possibilidades, que foram abertas com a doutrina jusfilosófica do neoconstitucionalismo e o ativismo judicial, necessitam de coordenação entre a instrumentalidade da Justiça e a instrumentalidade dos órgãos de execução de políticas públicas, para que desse modo se alcance o melhor resultado, consubstanciado em prestações sociais eficientes, eficazes e efetivas para a sociedade.

15. Nesse sentido, o Ministério Público deve exercer função central nos diálogos institucionais entre os Poderes e na coordenação de políticas públicas, porque a Constituição Federal o elevou ao patamar de defensor de três questões jurídicas fundamentais ao implemento desses diálogos e ao desenvolvimento de políticas públicas/direitos sociais em rede: a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127).

16. Defender a ordem jurídica, nessa realidade, é legar a judicialização da Política à condição de *ultima ratio*, priorizando termos de ajustamento de conduta, recomendações e convênios. Somente em caso de superadas tais tratativas, angariados dados técnicos suficientes por meio de redes de trocas de informações entre o Ministério Público, *provedor da linguagem jurídica*, instituições político-administrativas envolvidas na temática, *provedoras da linguagem político-administrativa*, e as *comunidades* diretamente envolvidas, que se formam as condições necessárias para se atestar o insucesso das instâncias políticas em resolver o impasse social, mesmo com a intervenção do Ministério Público, e partir para a judicialização do conflito.

17. Defender o regime democrático perpassa pelo estímulo à democracia participativa ou em redes. Esta se realiza se realiza através de pontes de diálogos entre movimentos sociais transindividuais ou coletivos, instituições governamentais, pessoas físicas e instituições privadas, todos interconectados. O Ministério Público, como defensor do regime democrático, deve buscar, numa situação de conflito social sobre políticas públicas, a coordenação (intermediação de soluções) entre os atores desse processo, articulando as escalas micro (gestões locais, comunitárias; direitos fundamentais na dimensão individual) e macro (programas políticos, que possuem alto impacto na sociedade, de forma coletiva ou difusa), no sentido de obter a melhor prestação à sociedade, seja ela de cunho político-administrativo, quando o conflito se resolve entre as próprios agentes envolvidos, ou – como

ultima ratio – jurídico, demandando judicialmente a prestação de determinado direito social para o caso sob litígio.

18. Outra questão atinente à finalidade do Ministério Público como defensor do regime democrático é a prioridade, caso seja necessário judicializar políticas públicas, em contestá-las na escala micro, buscando com isso preservar as políticas públicas de macroescala, que são elaboradas por programas de agentes políticos democraticamente eleitos.

19. A função do Ministério Público, como defensor constitucional dos interesses sociais e individuais indisponíveis, consubstancia-se na compreensão da transindividualidade desses interesses, o que implica na busca da coordenação dos movimentos complexos, através da compilação de dados técnicos, jurídicos e democráticos de todos os atores envolvidos na elaboração de políticas públicas na pós-modernidade, com a valorização dos diálogos institucionais, a abertura de canais democráticos de comunicação entre os agentes sociais e o aperfeiçoamento material de instrumentos jurídicos de prestação jurisdicional de direitos de segunda (dimensão coletivo-social) e terceira dimensão (transindividualidade jurídico-social). É dizer, o Ministério Público pós-moderno deve ser um interlocutor da transindividualidade.

20. O desenvolvimento de políticas públicas em rede é essencial para que a terceira dimensão dos direitos fundamentais desenvolva a sua instrumentalidade. Nesse escopo, o Ministério Público é um importante agente de mudança cultural do Direito, no campo hermenêutico; de mudança social das estruturas político-administrativas, ao exigir das instituições públicas a comunicação com os canais sociais de democracia participativa; e também um parceiro institucional das comunidades, ao traduzir a linguagem das instâncias político-administrativas à realidade social, trazendo-lhes dados técnico-jurídicos e financeiro-orçamentários simplificados, e ao auxiliar-lhes na abertura de canais de comunicações com os órgãos públicos, aproximando os programas políticos e a execução de políticas públicas da realidade em microescala.

21. A análise, tanto quantitativa quanto qualitativa, da atuação do Ministério Público é fundamental nesta nova realidade de judicialização de direitos sociais e de realização de políticas públicas em redes, pois a articulação de políticas públicas macro e micro depende de uma efetiva coordenação de ambas as escalas de ação, o que implica lidar com a complexidade de uma gama variada de informações. A gestão de dados, neste modelo, torna-se essencial tanto para o sistema político quanto para o sistema jurídico, que passam a encontrar pontos de interconexão. Por outro viés, a judicialização como *ultima ratio* demanda

a priorização de formas de composição extrajudicial dos conflitos sociais, o que coloca os instrumentos extrajudiciais do Ministério Público, como termos de ajustamento de conduta e convênios, sob uma perspectiva de indicadores fundamentais da atuação institucional. A análise desses indicadores, como já afirmado, deve ser tanto quantitativa como qualitativa e deve ter por escopo instrumentalizar a atuação em redes do *Parquet* com as comunidades e com órgãos do Judiciário e do Executivo. A gestão da complexidade, através da interpretação e aplicação de dados institucionais, administrativos, jurídicos e políticos, é essencial na transição paradigmática do Direito e da Política, bem como o meio de evolução das políticas públicas, que encontram na gestão participativa, que tem por pedra-de-toque a troca de informações e ações entre as comunidades e as instâncias governamentais, uma resposta às falhas nas promessas do Estado Moderno.

REFERÊNCIAS

ANVISA. **ANVISA apoia iniciativa do Governo de São Paulo de testar fosfoetanolamina em humanos.** Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/anvisa+portal/anvisa/sala+de+imprensa/menu++noticias+anos/2015/anvisa+apoia+iniciativa+do+governo+de+sao+paulo+de+testar+fosfoetanolamina+em+humanos>> Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. **Pesquisas clínicas sobre a fosfoetanolamina não foram encaminhadas à ANVISA.** Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/anvisa+portal/anvisa/sala+de+imprensa/menu++noticias+anos/2015/pesquisas+clinicas+sobre+fosfoetanolamina+nao+foram+encaminhadas+a+anvisa>> Acesso em: 10 abr. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto.** Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf> Acesso em: 21 abr. 2016.

BAR-YAM, Yaneer. Complexity rising: from human beings to human civilization, a complexity profile. *In: Encyclopedia of life support systems.* NECSI Report, dez. 1997. Disponível em: <<http://www.necsi.edu/projects/yaneer/Civilization.html>> Acesso em: 11 maio 2016.

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília/Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. REsp 1.068.731/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 17.02.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5105, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 16.03.2016.

_____. _____. STA 828, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 07.04.2016.

_____. _____. **STF suspende eficácia da lei que autoriza uso da fosfoetanolamina.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317011>> Acesso em: 24 maio 2016.

CANARIS, Claus-Wlhem. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989.

CASTI, John. **O colapso de tudo: os eventos extremos que podem destruir a civilização a qualquer momento.** Trad. Ivo Korytowski & Bruno Alexander. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2012.

CET-SP. *Após 6 meses, PTC aumenta a velocidade média dos ônibus em 19%*. Dado disponível em: <<http://cetsaopaulo.blogspot.com.br/2016/04/apos-6-meses-ptc-aumenta-velocidade.html>> Acesso em: 09 abr. 2016.

CNMP. **Ministério Público: um retrato – ano 2: dados de 2012**. Brasília: CNMP, 2013.

_____. **Ministério Público: um retrato: dados de 2011**. Brasília: CNMP, 2012.

_____. **Ministério Público: um retrato: dados de 2013, volume III**. Brasília: CNMP, 2014.

_____. **Ministério Público: um retrato: dados de 2014, volume IV**. Brasília: CNMP, 2015.

_____. **Judicialização da Saúde: o Ministério Público no Fomento de Redes de Cooperação por Meio de Planejamento e Gestão Sistêmicas**. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/Publicacoes/documentos/Judicializacao_da_saude.pdf> Acesso em: 30 mai. 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. AC 2009.01.1.157961-7, Rel. Des. João Egmont, j. 12.09.2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, dominação, decisão**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. **Normas, Regras e Princípios: Conceitos e Distinções**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7527/normas-regras-e-principios>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

GOULART, Marcelo Pedrosa. **Ministério Público e Democracia - Teoria e Práxis**. Leme: Editora de Direito, 1998.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IZUZQUIZA, Ignacio (org). **Sociedad y systema: la ambición de la teoría**. Barcelona: Ediciones Piados, Barcelona, 1990.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: RT, 2009.

LOPES, Reinaldo José. **'PÍLULA do câncer' é reprovada em primeiro teste oficial.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2016/03/1752429-pilula-do-cancer-e-reprovada-em-primeiro-teste-oficial.shtml>> Acesso em: 10 abr. 2016.

LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. **Teoría de la sociedad.** Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1993.

LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoría de sistemas.** México D. F.: Antrhopos, 1996.

_____. **Die Gesellschaft der Gesellschaft.** 2. ed. Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1999.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial “entre” o sentido da estrutura e a estrutura do sentido.** Brasília: 2012.

MATHIS, Armin. **A sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.** Disponível em: <http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_05.pdf> Acesso em: 20 abr. 2016.

NECSI Report. **Encyclopedia of life support systems.** Disponível em: <<http://www.necsi.edu/projects/yaneer/Civilization.html>> Acesso em: 11 mai. 2016.

PORTILHO, Gabriela, MASSETTI, Renata & MARTINS, Thaís Zimmer. **Conheça o lado bom da educação pública brasileira.** Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ideias/conheca-o-lado-bom-da-educacao-publica-brasileira>>. Acesso em: 16 mai. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AC 70018769539, Rel. Carlos Eduardo Zietlow Duro, j. 12/04/2007.

ROTUNNO, Angela Salton. Judicialização e juridicização da saúde no Ministério Público. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 69, maio./ago. 2011.

SANTIAGO, Tatiana. **Ciclovía da Paulista reduziu tempo de trajeto, dizem ciclistas no 1º dia útil.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/06/ciclovía-da-paulista-reduziu-tempo-de-trajeto-dizem-ciclistas-no-1-dia-util.html>> Acesso em: 30 mai. 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A Justiça em debate. **Jornal O Estado de S. Paulo**. São Paulo, 17 set. 2007.

_____. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social.** Trad. Mouzar Benedito. São Paulo: Boitempo, 2007.

SÃO PAULO. Ministério Público. IC 414/14. 3ª Promotoria de Justiça de Habitação e Urbanismo.

SÃO PAULO, Secretaria Executiva de Comunicação. **Faixas exclusivas aumentam velocidade dos ônibus e economizam tempo dos usuários.** Disponível em: <<http://www.capital.sp.gov.br/portal/noticia/3715#ad-image-0>> Acesso em: 09 abr. 2016.

_____. **Mortes no trânsito caem 20,6%, e 257 vidas são salvas em um ano.** Disponível em: <<http://www.capital.sp.gov.br/portal/noticia/9697/>> Acesso em: 09 abr. 2016.

_____. **Zona norte ganha ciclovia de 2,3 quilômetros.** Disponível em: <<http://www.capital.sp.gov.br/portal/noticia/10740>> Acesso em: 05 abr. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. SLAT 0021061-92.2015.8.26.0000, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 27.03.2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. **Constitution of many minds: why the Founding Document doesn't mean what I meant before.** Princeton: Princeton University Press, 2009.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, jan.-jun. 2012.

THEMIS. **Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará.** Fortaleza, v. 4, n. 2, jul.-dez. 2006.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **USP divulga comunicado sobre a substância fosfoetanolamina.** Disponível em: <<http://www5.usp.br/99485/usp-divulga-comunicado-sobre-a-substancia-fosfoetanolamina/>> Acesso em: 10 abr. 2016.

VALLE, Caio do. **Após pressão de comerciantes, CET apaga ciclovia em Higienópolis.** Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,apos-pressao-de-comerciantes-cet-apaga-ciclovia-em-higienopolis,1592284>> Acesso em: 16 maio 2016.

VIALLI, Andrea. **Judicialização da saúde em SP chegará a R\$ 1,2 bi em 2016, diz secretário.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2016/06/1781875-judicializacao-da-saude-em-sp-chegara-a-r-12-bi-em-2016-diz-secretario.shtml>> Acesso em: 16 mai. 2016.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência.** Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento da imprensa nacional, 1979.

XIMENES, Julia Maurmann (org.). **Judicialização da política e democracia.** Brasília: IDP, 2014.

YEPES, Rodrigo Uprimny. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. Trad. de Pedro Soares. **Revista internacional de direitos humanos**, n. 6, ano 4, 2007.

ANEXOS

ANEXO A - Erros de projetos nas ciclovias de São Paulo



Vista da ciclofaixa com pintura desgastada no trecho da R. Alexandre Dunas, entre a Av. Santo Amaro e a R. Francisco de Morais.



Vista da mudança de lado da ciclofaixa do trecho da R. Fernandes Moreira, proximidade da R. Bento Barbosa, gerando ponto de conflito.



Vista da ciclofaixa do trecho da R. Fernandes Moreira, proximidade da R. José Vicente Carvalho, com superfície irregular, depressão em boca de lobo e com pintura desgastada que impossibilita o uso da faixa lindeira a guia.



Vista da ciclofaixa/ciclovia da Av. Escola Politécnica, proximidade da Rod. Raposo Tavares, com traçado irregular.



Vista da ciclofaixa/ciclovia da Av. Escola Politécnica, altura do no 5.165, com pintura apagada, com empoçamento de água e ao lado do ponto final de ônibus.



Vista da ciclofaixa/ciclovía da Av. Escola Politécnica, na Praça César Washington Alves de Proença (interseção com a Av. Jaguaré), obstruída por poste de sinalização e de iluminação e por buraco na pista.



Detalhe do buraco da foto anterior.



Vista da ciclofaixa da Av. Torres de Oliveira, proximidade do no 435, com empoçamento de água, obstruído por ramagens de árvores, depressões e com pintura desgastada.



Detalhe do traçado da ciclovia da Av. Oliveira Freire, proximidade da Av. Dr. José Artur Nova, junto ao ponto de ônibus.



Vista da ciclovia da Av. Oliveira Freire, proximidade da R. Ascenso Fernandes, obstruída por poste e sem espaço para circulação de pedestres.



Vista da ciclofaixa da R. Ascenso Fernandes, proximidade da Av. Oliveira Freire, com sarjeta sendo considerada com faixa ciclável e com superfície irregular.



Detalhe da ciclofaixa da Av. Antonio Estevão de Carvalho, proximidade da Estação Patriarca do Metrô, com superfície irregular causando empocamento de água.



Vista da ciclofaixa da Av. Antonio Estevão de Carvalho, proximidade do no 2.546, com superfície irregular e obstruída pela raiz de árvore.



Vista da ciclofaixa da R. Artur de Azevedo, proximidade do no 1.287, com sarjeta considerada como faixa ciclável e em condições precárias.



Vista da ciclofaixa da R. Artur de Azevedo, proximidade do no 1.439, com superfície irregular e com faixa lindeira à guia obstruída por rampa de concreto.



Detalhe, da foto anterior, da rampa com ferragem exposta, da ciclofaixa da R. Artur de Azevedo, proximidade do no 1.439.