

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Processual Civil

Ana Clara Carvalho Brandão

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA, ATIVISMO E
DISCRIÇÃO JUDICIAL: PARA PENSAR A
JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS NO BRASIL**

Brasília – DF

2011

Ana Clara Carvalho Brandão

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA, ATIVISMO E
DISCRIÇÃO JUDICIAL: PARA PENSAR A
JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS NO BRASIL**

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do título de Especialista em Direito
Processual Civil, no Curso de Pós-Graduação
Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito
Público – IDP

Orientador: Prof.^a Mariana Caetano da Silva
Souza Schwindt.

Brasília – DF

2011

Ana Clara Carvalho Brandão

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA, ATIVISMO E
DISCRICÃO JUDICIAL: PARA PENSAR A
JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS NO BRASIL**

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do título de Especialista em Direito
Processual Civil, no Curso de Pós-Graduação
Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito
Público – IDP

Orientador: Prof.^a Mariana Caetano da Silva
Souza Schwindt.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com
menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Brasília – DF

2011

Ao destino, por ter me apresentado o grande amor da minha vida, João.

Ao professor Alvaro Ciarlini, por despertar grande entusiasmo em sala de aula.

Agradeço a Deus: o Alfa e o Ômega; aquele que é, que era e que vem.

O que me impressiona à vista de um macaco, não é que ele tenha sido nosso passado: é este pressentimento de que ele venha ser nosso futuro.

Mário Quintana

RESUMO

Relatório Monográfico de Pesquisa no âmbito do direito processual civil, cujo objeto é a temática da ação civil pública como instrumento de acesso para o adequado controle e eventual intervenção do Poder Judiciário na concretização de políticas públicas. Por meio da pesquisa dogmática, transitando de forma qualitativa e vertical entre a lei, jurisprudência e doutrina nacional acerca da ação civil pública, foi evidenciado um mecanismo de controle sobre a Administração pública no âmbito da chamada judicialização da política. O estudo do papel que a ação civil pública exerce à luz do direito positivo, evidenciou-a como sendo um instrumento processual pertencente a um rol exemplificativo de caminhos abertos para entidades ou grupos legitimados a impugnar a omissão dos poderes Legislativo e Executivo, demonstrando que pode existir o desenvolvimento de políticas públicas por parte do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Ação Civil Pública, Políticas Públicas, Judicialização da Política

ABSTRACT

Monographic Research Report in the civil procedural law theme, with the subject of civil action as a means of access to an adequate control and eventual intervention of the Judiciary in the implementation of public policies. A mechanism of control over public administration in the so-called legalization of politics was able to be shown through a dogmatic research, moving in a qualitative and vertically between the law, jurisprudence and doctrine concerning the national civil action. Studying the role that civil action has in the light of positive law, demonstrated the existence of a procedural instrument belonging to an illustrative list of open paths where legitimate entities or groups can challenge the omission of the legislative and executive branches, showing that the Judiciary can develop public policies.

Keywords: Public Civil Action, Public Policies, Legalization of Politics

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	11
1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	11
1.1.1 <i>Conceito</i>	11
1.1.2 <i>Classificação</i>	12
1.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	14
1.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	15
2. INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	20
2.1 POLÍTICAS PÚBLICAS.....	20
2.1.1 <i>Conceito</i>	20
2.1.2 <i>Formulação das Políticas Públicas</i>	21
2.1.3 <i>A Reserva do Possível como limitadora das Políticas Públicas</i>	23
2.2 CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	25
2.2.1 <i>Judicialização da Política</i>	27
3. AÇÃO CIVIL PÚBLICA: VIA PROCESSUAL PARA PROVOCAR O CONTROLE E EVENTUAL INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO EM POLÍTICAS PÚBLICAS.....	30
3.1 AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	30
3.1.1 <i>Conceito e Terminologia de Ação Civil Pública</i>	31
3.1.2 <i>Legitimidade Ativa na Ação Civil Pública</i>	32
3.1.3 <i>Objeto da Ação Civil Pública</i>	33
3.2 JUSTIFICATIVAS PARA UM CONTROLE JURISDICIONAL POR MEIO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	34
3.3 O PAPEL POLÍTICO ASSUMIDO PELOS NOSSOS TRIBUNAIS.....	35
CONCLUSÃO.....	40
REFERÊNCIAS.....	42

INTRODUÇÃO

O presente trabalho circunscreve-se no âmbito do direito processual civil e tem como objetivo apresentar o instrumento processual da ação civil pública, meio de defesa dos interesses sociais, na promoção do exercício do Poder Judiciário para o adequado controle e eventual intervenção quanto à concretização de políticas públicas.

Pretende-se com essa pesquisa destacar a ação civil pública que, juntamente com outras ações de caráter coletivo, surge como mecanismo de controle da Administração Pública no âmbito da chamada judicialização da política.

Nesse contexto, a judicialização, tratada no segundo capítulo, será apresentada como elo essencial ao desenvolvimento do tema diante de sua importância, tendo em vista que é através da judicialização e do ativismo judicial que ocorre uma interferência do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas que visam efetivar direitos fundamentais; abordados no primeiro capítulo.

Destarte, é possível acionar o pronunciamento do Judiciário quando o funcionamento do Poder Legislativo e Executivo se mostrar falho, deficiente ou insatisfatório. Quando os demais poderes forem omissos quanto à implementação dos direitos sociais, ocorre essa intervenção judicial nas políticas sociais, por meio da ação civil pública, que será aprofundada no terceiro capítulo.

Assim, propõe-se a estabelecer uma nova posição assumida pelo juiz dentro do Estado Democrático de Direito, destacando a sua importância no exercício de um papel ativo na implementação de certos direitos sociais no Brasil

No contexto dessa pesquisa, enfrentar-se-á o seguinte problema: **a ação civil pública, como instrumento processual, é eficaz no auxílio ao judiciário para provocar a execução de políticas públicas?**

Para saber se a ação civil pública influencia, de fato, na correção e no ajuste de políticas públicas, chegando a vincular a Administração Pública a alterar um

padrão de comportamento, faz-se necessário identificar por meio da pesquisa dogmática o conceito e terminologia de ação civil pública, os interesses tuteláveis por esse instrumento processual, bem como ponderar a utilização da ação civil pública como instrumento concretizador da intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas.

Com efeito, a ação civil pública mostra-se como um dos principais instrumentos processuais de controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário, revelando-se como uma importante garantia constitucional para o exercício e efetivação dos direitos fundamentais.

Através da ação civil pública, o judiciário poderá, de forma eficaz, questionar e avaliar políticas públicas oriundas do Poder Público, daí a importância do presente estudo. Trata-se de um instrumento adequado a provocar o controle e eventual intervenção do judiciário nas políticas públicas.

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1 Direitos Fundamentais

1.1.1 Conceito

A mudança do direito natural para o direito positivado somada a acontecimentos históricos que alteraram comportamentos humanos, fez surgir um movimento de reconstrução do conceito de estado, tendente a acolher anseios sociais. Nesse cenário, na função de defesa da sociedade, sobreveio um conjunto de valores, direitos e liberdades, consubstanciados nos direitos fundamentais¹.

Tais direitos são produto de diversas transformações ocorridas no decorrer da história e consistem em instrumentos de proteção do indivíduo frente à atuação do Estado. Sendo assim, o conceito de direitos fundamentais está intimamente ligado à evolução da própria sociedade, fato que acarretou uma modificação nas tutelas pretendidas e, conseqüentemente, abriu espaço para o surgimento constante de novos direitos².

A expressão *direitos fundamentais (droits fondamentaux)* tem origem na França, no movimento político e cultural que deu origem à chamada *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789³, e contempla direitos relacionados à

¹ PFAFFENSELLER, Michelli. Teoria dos Direitos Fundamentais. *Revista Jurídica*, Brasília, jun/jul 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_85/index.htm>. Acesso em: 20 mai 2011.

² Ibidem

³ José Afonso da Silva ensina que: "(...) o que diferenciou a Declaração de 1789 das proclamadas na América do Norte foi a sua vocação universalizante. Sua visão universal dos direitos do homem constituiu uma de suas características marcantes (...). Aliás, as declarações de direitos do século XX procuram consubstanciar duas tendências fundamentais: *universalismo*, implícito já na Declaração francesa de 1789, e *socialismo* (tomada essa expressão em sentido amplo, ligado a social, e não técnico-científico), com a extensão do número dos direitos reconhecidos, o surgimento dos *direitos sociais*, uma inclinação ao condicionamento dos direitos de propriedade e dos demais direitos individuais, propensão que refletiu no Direito Constitucional contemporâneo. O sentido universalizante das declarações de direitos, de caráter estatal, passou a ser objeto de reconhecimento supra-estatal em documentos declaratórios de feição multinacional ou mesmo universal. As primeiras manifestações nesse sentido foram propostas de organismos científicos internacionais, visando estender a defesa dos direitos humanos a todos os países e a todos os indivíduos de todas as nacionalidades (...). Um passo concreto foi dado quando os vinte e um países da América se

liberdade e à igualdade criados com o objetivo de proteger e promover a dignidade da pessoa humana⁴.

1.1.2 Classificação

Os direitos fundamentais⁵ não surgiram simultaneamente, mas em períodos distintos, conforme a demanda de cada época. O lema revolucionário do século XVIII (liberdade, igualdade e fraternidade) anunciou o conteúdo e a seqüência histórica da gradativa institucionalização desses direitos⁶.

Assim, os interesses individuais vinculados à liberdade foram os primeiros direitos fundamentais a serem previstos constitucionalmente. São conhecidos como direitos fundamentais da primeira geração⁷, tendo como conteúdo os direitos civis e políticos oponíveis ao Estado. Surgia, então, o conceito de Estado abstencionista⁸.

A segunda leva reconhecida de direitos fundamentais é atinente a interesses da coletividade, relacionados à igualdade em sentido material. São direitos que exigem determinadas prestações por parte do Estado, sendo denominados direitos

reuniram em Chapultepec (México) no início do ano de 1945, firmando a tese de que um dos primeiros objetivos das Nações Unidas deveria ser a redação de uma carta dos direitos do homem. Daí que a Carta das Nações Unidas ficara impregnada da idéia do respeito aos *direitos fundamentais do homem* (...). Delineada na Carta das Nações Unidas, assim, a preocupação com os direitos fundamentais do homem, cumpria dar-lhe conseqüência sistemática, mediante a redação de uma *Declaração Universal dos Direitos dos Homens*. Com esse propósito, criou-se, na ONU, uma Comissão dos Direitos do Homem (...). A *Declaração Universal dos Direitos do Homem* contém *trinta artigos*, precedidos de um *Preâmbulo com sete considerandos*, em que reconhece solenemente: a *dignidade da pessoa humana*, como base da liberdade, da justiça e da paz, o *ideal democrático* com fulcro no progresso econômico, social e cultural; o direito de *resistência à opressão*; finalmente, a *concepção comum desses direitos*. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 161-164.

⁴ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 351-352.

⁵ No final do século XIX, Georg Jellinek elaborou a teoria dos quatro status nos quais o indivíduo poderia encontrar-se perante o Estado. Com base nessa teorização, a doutrina constitucionalista, ao longo do tempo, classificou os direitos fundamentais em espécies, a saber: (i) direitos de defesa, (ii) direitos a prestações e, ainda admitido por alguns juristas, (iii) direitos de participação). URBANO, Hugo Soares Caymmi. Notas sobre a efetivação do direito fundamental à saúde. *Revista de Informação Legislativa*, nº 188, out/dez 2010, p. 181-182.

⁶ *Ibidem*, p. 354.

⁷ Atualmente, usa-se o termo dimensão pelo fato de os direitos fundamentais coexistirem entre si. REDE DE ENSINO LFG, Aula de Direito Constitucional. Brasília: Unidade Sudoeste, 2010.

⁸ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 355.

fundamentais de segunda geração. Esse período dá origem às chamadas garantias institucionais⁹.

Já os direitos ligados à fraternidade, direitos fundamentais da terceira geração, tratam de direitos transindividuais (tanto coletivos como difusos), destinados à proteção do gênero humano¹⁰. Dentre os direitos integrantes desta dimensão, Paulo Bonavides destaca os relacionados ao desenvolvimento, ao meio-ambiente, à autodeterminação dos povos, à comunicação, entre outros¹¹.

Por fim, a quarta geração de direitos fundamentais pode ser associada à pluralidade. São os direitos das minorias, que ainda devem ser alcançados. Direitos como a informação, a democracia, o pluralismo, os quais foram introduzidos no âmbito jurídico em razão da globalização política¹².

Destarte, o reconhecimento e a proteção dos direitos e das liberdades fundamentais são o núcleo essencial da democracia constitucional¹³. É por meio dos direitos fundamentais que se avalia a legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais de uma sociedade¹⁴.

Para Gilmar Mendes¹⁵:

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais - tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais - formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático.

⁹ Ibidem, p. 355.

¹⁰ LINHARES, Paulo Afonso. *Direitos Fundamentais e qualidade de vida*. São Paulo: Iglu, 2002, p. 52-92.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 15.

¹² NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 356.

¹³ KARL LOEWENSTEIN apud CUNHA Júnior, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional à efetivação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 141-142.

¹⁴ CUNHA Júnior, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional à efetivação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 141.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3 ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva: 2004, p. 02.

1.2 Direitos Fundamentais e o Estado Democrático de Direito

Os direitos fundamentais exercem papel de suma importância no Estado Democrático de Direito, servindo como a principal garantia de que o Estado, através de seu sistema jurídico e político, promoverá a proteção do cidadão enquanto individualidade e, também, a solidariedade social, visando a um pleno desenvolvimento da comunidade como um todo. São os direitos fundamentais que garantem o respeito dos direitos individuais e a promoção social baseada na valorização da dignidade humana¹⁶.

Entende-se como Estado Democrático de Direito, caracterizador do Estado Constitucional, aquele que se rege por normas democráticas e estabelece como prioridade o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais¹⁷.

Nas palavras de COELHO¹⁸ et al., trata-se, na verdade, de uma:

Organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos (...). Mais ainda, já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos.

STRECK¹⁹ explica que o Estado Democrático surge como superação dos modelos anteriores (Liberal e Social) e apóia-se em dois pilares principais: na democracia e nos direitos fundamentais. Para o autor, não existe democracia sem o

¹⁶ TERRA, Eugênio Couto. *A idade penal mínima como cláusula pétrea*. Disponível em: <<http://ijj.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 16 jun 2011

¹⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 2.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 171.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. In: CONSELVAN, Jussara Seix. O papel da hermenêutica constitucional na concretização dos direitos fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba, v.5, n. 5, jan/jun. 2009, p. 4.

respeito e a realização dos direitos fundamentais (sociais), da mesma forma que inexistem direitos fundamentais (sociais) sem a democracia.

Uma das características do Estado Democrático de Direito é justamente a positivação dos direitos fundamentais pela Constituição, em que são considerados como condição de existência e vigência do Estado Constitucional Democrático de Direito²⁰.

Desse modo, os direitos fundamentais integram a essência do Estado Constitucional, porquanto funcionam como base da Constituição. E uma Constituição sem uma declaração de direitos fundamentais não é digna desse nome²¹.

Portanto, os direitos fundamentais exercem uma importante função de legitimação do poder estatal, na medida em que o poder se justifica pela realização dos direitos do homem. Com a sua positivação jurídico-constitucional, os direitos fundamentais são guinados a parâmetro de aferição de legitimidade, ao mesmo tempo formal e material, da ordem jurídica estatal²².

Nesse sentido, é possível entender que a democracia e seu pleno exercício, vem associada à implementação e gozo dos direitos de segunda geração, aqueles direitos que tratam de interesses da coletividade e exigem prestações por parte do Estado, os chamados direitos sociais²³.

1.3 Direitos Fundamentais Sociais na Constituição Federal de 1988

Como visto, os direitos fundamentais da segunda geração atuam de forma positiva, exigindo determinadas condutas por parte do Estado. São direitos prestacionais, buscando ações positivas do Estado, no sentido de demandas sociais tais como educação, habitação e previdência social.

²⁰ CUNHA Júnior, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional à efetivação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 218.

²¹ Ibidem

²² Ibidem

²³ STRECK, Lenio Luiz. In: CONSELVAN, Jussara Seix. O papel da hermenêutica constitucional na concretização dos direitos fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba, v.5, n. 5, jan/jun. 2009, p. 4.

Essas prestações podem ser de natureza material (direito social à educação, à saúde, etc.) ou jurídica (aquelas que buscam regulamentar a proteção do direito considerado fundamental, geralmente, por meio de normas de organização e procedimento como, por exemplo, a elaboração de leis para proteger os direitos dos trabalhadores); e devem ser realizadas, notoriamente, pelo Estado²⁴.

Através desses direitos, busca-se uma garantia aos indivíduos da satisfação de condições materiais indispensáveis para o gozo de sua liberdade. Para isso, o Estado precisa escolher a melhor forma de alocar recursos, pois a realização dos direitos fundamentais sociais, em maior ou menor grau, depende intrinsecamente da disponibilidade financeira do Estado²⁵.

Logo, os direitos sociais, por sua própria natureza, invocam do poder político uma demanda de recursos para sua aplicabilidade plena. Nas palavras de Álvaro Ciarlini²⁶:

Considera-se que direitos têm custos e que esses custos constituem uma limitação ao seu atendimento, em virtude da potencialização dos critérios seletivos em face do aumento de sua demanda, tendo-se em conta a disponibilidade financeira do Estado.

Assim, enquanto direitos subjetivos às prestações sociais²⁷, os direitos sociais²⁸ encontram-se atrelados à tarefa de melhoria e redistribuição dos recursos

²⁴ URBANO, Hugo Soares Caymmi. Notas sobre a efetivação do direito fundamental à saúde. *Revista de Informação Legislativa*, nº 188, out/dez 2010, p.182.

²⁵ *Ibidem*, p.183.

²⁶ CIARLINI, Alvaro Luis de Araujo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição*: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar. 2008. 288 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília/DF.

²⁷ Hugo explica que: “outra classificação doutrinária de relevo para a melhor compreensão dos direitos fundamentais é aquela que os divide em dimensões subjetiva e objetiva. A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais (...) caracteriza-se pelos direitos subjetivos conferidos aos particulares de modo a conferir-lhes pretensões entre si e em face do Estado. Pode-se exigir tanto uma ação positiva, como nos casos dos direitos a prestações, bem assim como também uma abstenção, ou seja, um comportamento omissivo. Nesses casos, os indivíduos valem-se sobretudo dos remédios constitucionais (mandado de segurança, *habeas data*, mandado de injunção, etc.). URBANO, Hugo Soares Caymmi. Notas sobre a efetivação do direito fundamental à saúde. *Revista de Informação Legislativa*, nº 188, out/dez 2010, p.182.

²⁸ Esses direitos, no dizer de Coelho, estão: “voltados para a igualdade material nas condições de vida como ensina Sarlet: “caracterizam-se ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma

existentes em dada sociedade, contribuindo para o desenvolvimento do ser humano e de sua qualidade de vida²⁹.

A Constituição Brasileira de 1988 inaugura uma etapa de amplo respeito pelos direitos fundamentais e reconhecida efetividade. Distinguindo-se das cartas anteriores, a CF/88, em vigor, positivou os referidos direitos logo no início de suas disposições (título II), após o que tratou da organização do Estado (título III), evidenciando sua preocupação com o ser humano, enaltecendo-o como o fim estatal³⁰.

Uma importante inovação foi, de fato, a previsão dos direitos sociais em capítulo próprio do título dos direitos fundamentais, como consta no título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, capítulo II “Dos Direitos Sociais”³¹:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

Porém, por mais que a CF/88 contenha em seus objetivos a realização dos direitos sociais devidos à sociedade brasileira, é necessária a efetivação concreta de seu texto, representando prestações positivas efetivamente oferecidas pelo Estado (direta ou indiretamente), possibilitando melhores condições de vida aos mais fracos³².

transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”. COELHO, Edihermes Marques. In: DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007, p. 110.

²⁹ FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário no Brasil: uma visão geral. *Revista Interesse Público*, n. 44, jul./ago. 2007, p. 28.

³⁰ CUNHA Júnior, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional à efetivação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 232.

³¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 11. Ed. São Paulo: Rideel, 2005

³² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 285-286.

Esses direitos fundamentais de segunda geração³³, comprometidos com uma ação estatal voltada para a dignidade da pessoa humana³⁴, não se tornarão realidade sem o redimensionamento dos papéis e compromissos do poderes estatais instituídos e do real comprometimento com a Constituição.

Nesse contexto, o Direito precisa ser visto como instrumento de transformação social em um Estado Democrático de Direito, como ensina Kossman³⁵:

Em um Estado Democrático de Direito, cuja dívida social histórica teima em permanecer, o Direito precisa ser visto como instrumento de transformação social, superando a prática instrumentalista do Direito Brasileiro e da dogmática jurídica, assentado em um paradigma liberal-individualista-normativista, instituído para resolver disputas interindividuais, e possibilitando a efetiva concretização prática das transformações sociais necessárias e respaldadas por um Estado intervencionista, agente e protagonista da efetivação plena de um constitucionalismo comprometido com a superação das mazelas sociais e com o devido resgate da dignidade da pessoa humana.

Essa qualidade de Estado Democrático de Direito é atribuída ao Brasil, tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. É o que dispõe o artigo 1º da Carta Magna³⁶.

A CF/88 também fixa os objetivos desse Estado Democrático de Direito em seu artigo 3º: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o

³³ Alexandre de Moraes elucida: “Modernamente a doutrina apresenta-nos a classificação de direitos fundamentais de *primeira, segunda e terceira gerações*, baseando-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos. [...] Assim, os *direitos fundamentais de primeira geração* são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da *Magna Charta*. Referindo-se aos hoje chamados *direitos fundamentais de segunda geração*, que são os direitos sociais, econômicos e culturais, [...] Themistocles Brandão Cavalcanti analisou que “[...] entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença à velhice etc.”. Por fim, [...] protege-se, constitucionalmente, como *direitos de terceira geração* os chamados *direitos de solidariedade ou fraternidade*, que englobam o direito a um ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos [...]”. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 31-32.

³⁴ COELHO, Edihermes Marques apud DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007, p. 110.

³⁵ Kossmann, Edson Luís. *Efetividade dos direitos fundamentais sociais e o problema do alto custo da saúde*. Disponível em: < www.incubadora.ufsc.br>. Acesso em: 20 jun 2011.

³⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 11. Ed. São Paulo: Rideel, 2005

desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação³⁷.

Com isso, percebe-se que a CF/88 definiu os objetivos fundamentais do Estado, de forma a orientar a compreensão e interpretação do ordenamento constitucional pelo critério do sistema de direitos fundamentais. Ou seja, a dignidade humana, traduzida no sistema de direitos constitucionais, é vista como o valor essencial que dá unidade de sentido à nossa Constituição³⁸.

Destaca-se, nesse contexto, a breve lição de José Reinaldo de Lima Lopes³⁹, exposta a seguir:

- 1) As regras do jogo democrático são apenas o mínimo, sem as quais não pode haver democracia, mas que por si só não asseguram a existência da democracia. Em outras palavras, são condição necessária, mas não suficiente, da vida democrática [...]
- 2) A democracia está num processo de expansão, ou seja, ela é hoje um processo em si mesmo que almeja mais liberdade em mais lugares. Ou seja, de um Estado democrático, passa-se a procurar uma sociedade democrática.
- 3) Os novos direitos sociais são representativos dessa realidade e por isso são direitos constitucionais. Esses mesmos direitos constituem elemento essencial da democracia, na medida em que é inerte a essa concessão de condições reais de possibilidade de vida digna.
- 4) Se a democracia é o oposto do poder autocrático e se a sua realização depende da eliminação progressiva de oligarquias, de restrição ao acesso ao Estado (cargos de decisão ou de execução), transparência crescente do exercício do poder e participação consciente dos cidadãos, *a negativa dos direitos sociais, ou seja, a negativa das condições de possibilidade de vida digna garantida sob o nome de direitos sociais é negativa da democracia.*
- 5) Os direitos sociais, em regra, dependem, para sua eficácia, de atuação do Executivo e do Legislativo por terem o caráter de generalidade e publicidade. Assim é o caso da educação pública, da saúde pública, dos serviços de segurança e justiça, do direito a um meio ambiente sadio, o lazer, a assistência aos desamparados, a previdência social, e outros previstos no art. 6º, no art. 7º, sem contar as disposições dos incisos do art. 170, do art. 182, do art. 193, do art. 225, e muitas outras espalhadas ao longo do corpo de toda a Constituição de 1988.

³⁷ Ibidem

³⁸ CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In: Luiz Werneck Vianna. (org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. 1 ed. Belo Horizonte: Editora da UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2002, v. 1, p. 26.

³⁹ Apud FIGUEIREDO, Marcelo. Op. cit., p. 41-42.

2. INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

2.1 Políticas Públicas

Na CF/88 encontram-se expressos vários direitos sociais previstos como direitos fundamentais, que necessitam de comportamentos ativos por parte do Poder Executivo. Daí surge, como um conjunto de normas e atos tendentes à realização desse objetivo, a política pública⁴⁰.

2.1.1 Conceito

O conceito de política pública está relacionado a um fazer estatal, a uma ação ou atuação pública, com vistas a concretizar, mediata ou imediatamente, os direitos fundamentais. Logo, será política pública toda e qualquer ação do Estado, por meio da Administração Pública, que tenha por fim efetivar direitos fundamentais⁴¹.

Nas palavras de Elenaldo Celso Teixeira⁴², as políticas públicas são:

Diretrizes, princípios norteadores de ação do poder público; regras e procedimentos para as relações entre poder público e sociedade, mediações entre atores da sociedade e do Estado. São, nesse caso, políticas explicitadas, sistematizadas ou formuladas em documentos (leis, programas, linhas de financiamentos) que orientam ações que normalmente envolvem aplicações de recursos públicos. Nem sempre porém, há compatibilidade entre as intervenções e declarações de vontade e as ações desenvolvidas. Devem ser consideradas também as “não-ações”, as omissões, como formas de manifestação de políticas, pois representam opções e orientações dos que ocupam cargos.

LOPES⁴³ ensina que existem vários tipos de políticas públicas, quais sejam, o das políticas sociais, de prestação de serviços essenciais e públicos (saúde,

⁴⁰ Serão se refere às políticas públicas como sendo aquelas que visam contornar problemas oriundos do uso dos chamados bens públicos, recursos de acesso aberto, e as externalidades que ocorrem sem a existência de norma coletiva que as internaliza, as quais evidenciam a necessidade de intervenção pública ou de cooperação entre agentes econômicos para resolvê-las. MAY, Peter H. et al. *Instrumentos econômicos para o desenvolvimento sustentável na Amazônia brasileira*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2005, p. 11-12.

⁴¹ JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais*. Salvador: Edições Jus PODIVM, 2008, p. 53.

⁴² TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O Papel das Políticas Públicas no Desenvolvimento Local e na Transformação da Realidade*. Disponível em: <<http://www.fit.br>>. Acesso em 10 jun 2011

educação, segurança, justiça, etc.), das políticas sociais compensatórias (previdência e assistência social, seguro desemprego, etc.), das políticas de fomento (créditos, incentivos, desenvolvimento industrial, etc.), das reformas de base (reforma urbana, agrária, etc.), das políticas de estabilização monetária.

Todas estas espécies de políticas têm como objetivo final em comum o de alcançar uma satisfatória concretização daqueles direitos em favor de toda a comunidade, trazendo uma melhoria de vida a todos os seus membros, atingindo-os indiretamente de forma individualizada.

Nas lições de DWORKIN⁴⁴, a política é “aquele tipo de padrão normativo que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”.

Assim, a política pública tem como intenção atingir o coletivo, a população em geral, a pretensão de ser uma ação que tenha como meta assegurar a concretização dos direitos de todos os cidadãos contemplados constitucionalmente, melhorando suas condições de vida.

Ressalta-se, contudo, que as políticas públicas não podem ser originariamente formuladas pelo Judiciário; que apenas exerce a função de controle nos casos de omissão dos demais poderes⁴⁵.

2.1.2 Formulação das Políticas Públicas

A Constituição Federal, ao prever direitos sociais outorgados a todos os cidadãos de modo universal e sem qualquer distinção, estabelece que o conteúdo da política pública dependerá de uma ação política, tradicionalmente vinculada às

⁴³ Apud MACHADO, Ednilson Donisete; CAVALHIERI, Juliana Raquel. *Políticas públicas como instrumentos de concretização dos direitos sociais*. Disponível em: < <http://www.conpedi.org.br>>. Acesso em 5 ago 2010.

⁴⁴ Apud MACHADO, Ednilson Donisete; CAVALHIERI, Juliana Raquel. *Políticas públicas como instrumentos de concretização dos direitos sociais*. Disponível em: < <http://www.conpedi.org.br>>. Acesso em 5 ago 2010.

⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de Políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Processo*, n. 164, out. 2008.

instituições formais de democracia representativa, qual seja, Executivo e Legislativo⁴⁶.

Partindo deste pressuposto, os representantes dos Poderes Executivo e Legislativo irão definir suas prioridades governamentais em relação à satisfação de determinado direito social, iniciando o processo de formulação de uma política pública que, posteriormente, será colocada em prática na sua fase da execução.

O processo de formulação normalmente inicia-se com a edição de leis infraconstitucionais, por meio de projetos de lei, os quais serão elaborados, na maioria das vezes, pelo Poder Executivo e levados para aprovação do Poder Legislativo⁴⁷.

Nesta fase, as duas funções irão atuar de acordo com seus critérios de conveniência e oportunidade, ou seja, por via do seu poder discricionário político para escolha dos direitos sociais a se implementar⁴⁸.

Pertinente a reflexão de Fabio Konder Comparato⁴⁹. Para ele, política não se trata de norma ou ato. É, na verdade, um programa de ação, que engloba esses dois componentes. Trata-se de uma atividade, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um determinado objetivo.

Depois de estabelecidos os objetivos e intenções de uma política pública, a necessária previsão de recurso orçamentário fica evidente para a sua adequada concretização.

⁴⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 11. Ed. São Paulo: Rideel, 2005.

⁴⁷ MACHADO, Ednilson Donisete; CAVALHIERI, Juliana Raquel. *Políticas públicas como instrumentos de concretização dos direitos sociais*. Disponível em: < <http://www.conpedi.org.br>>. Acesso em 5 ago 2010

⁴⁸ Ibidem

⁴⁹ FRANCO, Fábio Luis; MARTINS, Antonio Darienso. A ação civil pública como instrumento de controle das políticas públicas. *Revista De Processo*, nº 135, mai 2006, p. 38-39.

2.1.3 A Reserva do Possível como limitadora das Políticas Públicas

É papel do Estado efetuar escolhas, estabelecendo critérios e prioridades, diante da escassez de recursos e da multiplicidade de necessidades sociais. Indubitavelmente, essas escolhas devem ser pautadas pela Constituição Federal; e, o instrumento utilizado para definir as receitas e fixar as despesas que serão efetuadas é o orçamento.

A iniciativa para a elaboração da Lei Orçamentária é do Poder Executivo que deverá obedecer aos princípios de unidade, universalidade e anualidade, conforme determina o artigo 2º, da lei federal nº 4.320/64⁵⁰.

Esta Lei, embora aprovada na origem como lei ordinária, foi recepcionada materialmente como lei complementar, em virtude do disposto no artigo 163, da Constituição Federal, que diz:

Art. 163. Lei complementar disporá sobre:

- I - finanças públicas;
- II - dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público;
- III - concessão de garantias pelas entidades públicas;
- IV - emissão e resgate de títulos da dívida pública;
- ~~V - fiscalização das instituições financeiras;~~
- V - fiscalização financeira da administração pública direta e indireta; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003)
- VI - operações de câmbio realizadas por órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- VII - compatibilização das funções das instituições oficiais de crédito da União, resguardadas as características e condições operacionais plenas das voltadas ao desenvolvimento regional.

⁵⁰ Art. 2º: A Lei do Orçamento conterà a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios de unidade universalidade e anualidade. § 1º Integrarão a Lei de Orçamento: I - Sumário geral da receita por fontes e da despesa por funções do Governo; II - Quadro demonstrativo da Receita e Despesa segundo as Categorias Econômicas, na forma do Anexo nº. 1; III - Quadro discriminativo da receita por fontes e respectiva legislação; IV - Quadro das dotações por órgãos do Governo e da Administração. § 2º Acompanharão a Lei de Orçamento: Quadros demonstrativos da receita e planos de aplicação dos fundos especiais; II - Quadros demonstrativos da despesa, na forma dos Anexos ns. 6 a 9; III - Quadro demonstrativo do programa anual de trabalho do Governo, em termos de realização de obras e de prestação de serviços. DISTRITO FEDERAL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964 Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. *Diário Oficial da União*, 23.3.1964.

Assim, a efetividade dos direitos sociais prestacionais está vinculada a Lei Orçamentária, por exigir que estejam incluídos nela. MACHADO⁵¹ et al. salienta que:

Dessa forma, considerando que a capacidade do Estado como ordenador de despesas encontra limites na escassez de recursos, passou-se a sustentar que as políticas públicas estariam condicionadas ao que se convencionou chamar de reserva do possível.

Na discussão acerca das restrições à efetivação de direitos fundamentais sociais, a assim denominada *cláusula da reserva do possível* é constantemente invocada. Não se refere, porém, direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização de um direito social, mas à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação⁵².

A *teoria da reserva do possível* deve ser entendida sob o prisma da razoabilidade da reivindicação de efetivação de determinado direito social. Isso significa que pretensões deduzidas perante o Poder Judiciário deverão ser analisadas mediante a ponderação de bens, com base no critério da proporcionalidade⁵³.

A sua aplicação implica reconhecer, de um lado, a inexistência de supremacia absoluta dos direitos fundamentais em toda e qualquer situação; de outro, a inexistência da supremacia absoluta do princípio da competência orçamentária do legislador e da competência administrativa (discricionária) do Executivo como óbices à efetivação dos direitos sociais fundamentais⁵⁴.

⁵¹ MACHADO, Ednilson Donisete; CAVALHIERI, Juliana Raquel. *Políticas públicas como instrumentos de concretização dos direitos sociais*. Disponível em: < <http://www.conpedi.org.br>>. Acesso em 5 ago 2009.

⁵² MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas *Revista Brasileira de Direito Público*. Disponível em <<http://www.advcom.com.br>>. Acesso em 10 jun 2011

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ Ibidem

Isso significa que a inexistência efetiva de recursos e ausência de previsão orçamentária são elementos não absolutos a serem levados em conta no processo de ponderação por meio do qual a decisão judicial deve tomar forma⁵⁵.

Assim, o custo direto envolvido para a efetivação de um direito fundamental não pode servir como óbice intransponível para sua efetivação, mas deve ser levado em conta no processo de ponderação de bens⁵⁶.

Além disso, deve participar do processo de ponderação a natureza de providência judicial almejada, em especial no que se refere a sua necessidade, adequação e proporcionalidade específica para a proteção do direito fundamental invocado⁵⁷.

Por fim, outros elementos devem participar do processo de ponderação, como o grau de essencialidade do direito fundamental em questão, as condições pessoais e financeiras dos envolvidos e eficácia da providência judicial almejada⁵⁸.

2.2 Controle das Políticas Públicas

Com efeito, diante dos riscos inerentes à concentração dos poderes do Estado, a técnica da separação de poderes emerge como mecanismo institucional para a garantia dos direitos individuais. A nossa Constituição de 1988 incorporou em seu arcabouço o princípio da separação de poderes estatais⁵⁹.

Entretanto, diante da necessidade da criação e manutenção de certo equilíbrio entre os três poderes, a evolução da doutrina da separação de poderes do

⁵⁵ Ibidem

⁵⁶ Ibidem

⁵⁷ Ibidem

⁵⁸ MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas *Revista Brasileira de Direito Público*. Disponível em <<http://www.advcom.com.br>>. Acesso em 10 jun 2011

⁵⁹ Artigo 2º: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 11. Ed. São Paulo: Rideel, 2005

Estado terminou por produzir um resultado significativamente diverso daquele proposto por Montesquieu⁶⁰.

A resultante foi uma complexa interação entre os órgãos integrantes de cada um dos três poderes⁶¹ na qual cada um dos poderes é chamado a desempenhar funções típicas e atípicas, ocorrendo, portanto, uma interseção entre os três poderes, em vez de uma completa separação de funções excludentes entre os diferentes ramos do Estado⁶².

Não obstante, como atributo do próprio Estado, o poder é uno e indivisível. Assim, a lei, o ato administrativo e a sentença – mecanismos capazes de coordenar o comportamento dos integrantes da sociedade – emanam de um único irradiador de poder. Destarte, se o poder é uno, ele se apresenta por meio de funções distintas entre si, exercidas por órgãos que, muito embora independentemente, formam e integram o Estado⁶³.

Assim sendo, o papel de execução das políticas públicas foi imposto ao Poder Executivo, uma vez que o constituinte de 1988 previu, no art. 84, inciso II, que incumbe ao Executivo o exercício das atividades inerentes à Administração Pública⁶⁴.

Contudo, embora sejam originariamente formuladas pelo Executivo, cabe ao Poder Judiciário exercer a função (em larga medida) de controle dessas políticas públicas nos casos de omissão, a fim de compatibilizá-las com os objetivos fundamentais elencados na CF/88⁶⁵.

⁶⁰ ZAULI, Eduardo Meira. Judicialização da Política, Poder Judiciário e Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 185, jan/mar 2010, p. 11.

⁶¹ Motauri ensina que: “Ao Legislativo incumbe editar normas de caráter geral, abstrato e vinculativo. Ao Judiciário, solucionar os conflitos de interesses, aplicando a lei ao caso concreto de forma coativa. Finalmente, ao Executivo incumbe praticar “atos de chefia de Estado, de governo e de administração”. À mencionada função cabe *resolver* “os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis”, nela se inserindo “todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal”. SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Ação Civil Pública competência e efeitos da coisa julgada*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 48.

⁶² *Ibidem*, p. 11-12.

⁶³ SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Ação Civil Pública competência e efeitos da coisa julgada*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 47.

⁶⁴ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 167.

⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de Políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Processo*, n. 164, out. 2008

2.2.1 Judicialização da Política

É justamente nesse contexto que surge a denominada judicialização da política⁶⁶. Oswaldo Canela Junior⁶⁷ explica:

Contando com o juiz como co-autor das políticas públicas, fica claro que sempre que os demais poderes comprometerem a integridade e a eficácia dos fins do Estado - incluindo as dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos - o Poder Judiciário deve atuar na sua função de controle.

Para Figueiredo⁶⁸, ao interpretar a Constituição verificamos que “o controle das políticas públicas não é um exercício retórico ou demagógico, mas um verdadeiro dever do Estado-juiz. Tudo evidentemente com prudência e razoabilidade”.

A judicialização da política ocorre quando os tribunais cumprem esse dever, e são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostrar precário. Assim, os juízes, ao atuarem, exercem um papel político⁶⁹.

Quando, portanto, certas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral, fala-se em judicialização.

⁶⁶ Eduardo Zauli explica que na experiência brasileira posterior à promulgação da Constituição de 1988, pode-se observar o desenvolvimento do processo de judicialização da política. Ressalta, ainda, alguns dos fatores que respondem por tal fenômeno no Brasil: “1. a operação de um sistema político democrático; 2. a existência de um ordenamento institucional baseado na separação de poderes; 3. a existência de uma Carta de direitos; 4. o uso dos tribunais por grupos de interesses; 5. o uso dos tribunais pela oposição; 6. a inefetividade das instituições majoritárias em impedir o envolvimento de instituições judiciais em certas disputas políticas; 7. percepções negativas acerca das instituições majoritárias e legitimação de instituições judiciais; 8. algum grau de delegação de poderes de decisão das instituições majoritárias em favor de instituições judiciais”. ZAULI, Eduardo Meira. Judicialização da Política, Poder Judiciário e Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 185, jan/mar 2010, p. 8.

⁶⁷ Apud GRINOVER, Ada Pellegrini Op. cit., p. 13.

⁶⁸ FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário no Brasil: uma visão geral. *Revista Interesse Público*, n. 44, jul./ago. 2007, p. 52.

⁶⁹ MARILSON, Ana Frazão; ROMÃO, José Eduardo Elias (Orgs.). *Estudos de direito público: direitos fundamentais e estado democrático do direito*. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 97.

Envolve, destarte, uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade⁷⁰. Ressalta-se que:

A judicialização da política é um tema que está sendo tratado nas diversas searas do meio acadêmico. Tanto na ciência política, sociologia e no direito, as questões referentes à harmonia e desarmonia entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário vêm sendo estudadas pelos atores da academia⁷¹.

No contexto brasileiro, a judicialização é uma circunstância, um fato decorrente do modelo constitucional adotado, e não um exercício deliberado de vontade política. Ademais, não se deve confundir, apesar das semelhanças, judicialização com ativismo judicial.

Barroso⁷² associa a idéia de ativismo judicial com uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 30 jul. 2009.

⁷¹ MARILSON, Ana Frazão; ROMÃO, José Eduardo Elias (Orgs.). *Estudos de direito público: direitos fundamentais e estado democrático do direito*. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 97.

⁷² Na opinião de Luís Roberto Barroso: "O Judiciário, no Brasil recente, tem exibido, em determinadas situações, uma posição claramente ativista. Não é difícil ilustrar a tese. Veja-se, em primeiro lugar, um caso de aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário: o da fidelidade partidária. O STF, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Criou, assim, uma hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional. Por igual, a extensão da vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, com a expedição de súmula vinculante, após o julgamento de um único caso, também assumiu uma conotação quase-normativa. O que a Corte fez foi, em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade, extrair uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa". BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 30 jul. 2009.

A tendência atual do ativismo judicial é a de um juiz criador do direito pois, como assinala Berizonce⁷³, procura abordar as demandas reais e concretas de uma sociedade democrática, pluralista, dinâmica e participativa.

Contudo, são necessários alguns requisitos para que o Judiciário intervenha no controle de políticas públicas. Requisitos como: o mínimo existencial garantido pela CF/88⁷⁴, a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas (a chamada reserva do possível), a observância ao princípio da separação dos poderes⁷⁵, enfim, condições que traçam os limites para a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas.

Fica evidente, portanto, que o Estado deve realizar de forma adequada os fins e objetivos traçados na CF/88, cabendo ao Poder Executivo implementar direitos sociais por meio de políticas públicas. Não obstante o papel das instituições judiciárias ser efetivamente relevante na defesa dos direitos fundamentais⁷⁶.

⁷³ “(...) intenta responder a las reales y concretas exigencias de una sociedad democrática, pluralista, dinámica y participativa (...)”. **Tradução nossa**. LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Ativismo judicial e ônus da prova no processo civil. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, n. 9, jan./jun. 2007, p. 224.

⁷⁴ Conforme mencionado, a dignidade humana é o fundamento de onde se irradiam todos os demais direitos fundamentais. É a própria razão de existir dos direitos fundamentais.

⁷⁵ De acordo com Habermas: “A clássica divisão de poderes é explicada através de uma diferenciação das funções do Estado: enquanto o legislativo fundamenta e vota programas gerais e a justiça soluciona conflitos de ação, apoiando-se nessa base legal, a administração é responsável pela implementação de leis que necessitam de execução”. HABERMAS, Jürgen. Flávio Beno Siebeneichler. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 232.

⁷⁶ DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007, p. 99.

3. AÇÃO CIVIL PÚBLICA: VIA PROCESSUAL PARA PROVOCAR O CONTROLE E EVENTUAL INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO EM POLÍTICAS PÚBLICAS

3.1 Ação Civil Pública

Para compreender melhor o chamado ativismo judicial, expansão do poder dos tribunais⁷⁷, é importante analisar o instrumento processual da ação civil pública, uma das maiores conquistas obtidas pela Ciência do Direito nos últimos anos, no Brasil⁷⁸, pois, conforme acentua Urbano Ruiz⁷⁹, “o caminho é o das ações coletivas. É necessário explorar melhor esse instrumento a serviço do povo, democratizando o Judiciário de modo a fazer dele um serviço público.”

Embora ainda seja em número reduzido o grau de provocação do Judiciário para demandas relacionadas à implementação dos direitos sociais, proporcionalmente às necessidades populares, e econômicas, há avanços significativos em ações que tutelam interesses coletivos *lato sensu*⁸⁰.

Isso ocorre pelo fato de a CF/88 ter instituído um efetivo direito à tutela individual, coletiva e metaindividual (direitos difusos). Assim sendo, são várias as possibilidades que permitem que políticas públicas atinentes a essas áreas sejam determinadas ou ajustadas conforme o programa constitucional⁸¹.

A ação civil pública – ACP, juntamente com outros remédios jurídicos, como, as diversas ações constitucionais, o mandado de injunção e as ações destinadas ao controle de constitucionalidade -, faz parte de um rol exemplificativo de caminhos

⁷⁷ CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In: Luiz Werneck Vianna. (org.). A Democracia e os Três Poderes no Brasil. 1 ed. Belo Horizonte: Editora da UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2002, v. 1, p. 26.

⁷⁸ INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO, Aula de Teoria Geral do Processo Coletivo. Brasília, 2009.

⁷⁹ RUIZ, Urbano. A utilização do Judiciário para questionar e obrigar a Administração a desenvolver políticas públicas. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, nº 1, jul/dez 2005, p. 12.

⁸⁰ LOUREIRO, Caio Márcio. *A ação civil pública e o acesso à justiça*. São Paulo: Método, 2004, p. 114.

⁸¹ FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário no Brasil: uma visão geral. *Revista Interesse Público*, n. 44, jul./ago. 2007, p. 32.

abertos para entidades ou grupos legitimados a impugnar a omissão do legislador ou do Poder Executivo⁸².

Para Figueiredo⁸³, essas ações objetivam, ao que parece, forçar a Administração Pública a alterar um padrão de comportamento não só fundado em alegada ilegalidade ou eventualmente inconstitucionalidade de atos, programas ou políticas públicas, como também pretendem corrigir desvios ou alterar concepções ou objetivos na implantação de determinados programas governamentais, envolvendo uma gama enorme de segmentos, como os relativos à saúde, educação, serviços públicos, etc.

3.1.1 Conceito e Terminologia de Ação Civil Pública

A ação civil pública é um instrumento de natureza processual, colocado à disposição de entes que a legislação conferiu legitimação, ou seja, poder de provocar o Estado para que ele preste a tutela jurisdicional⁸⁴.

Pode-se dizer, assim, tratar-se de ação coletiva e instrumento processual que tem por escopo a tutela de interesses não penais, trazendo como objeto de seu pedido a tutela jurisdicional de interesses *coletivos lato sensu* (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos)⁸⁵.

No que tange ao aspecto terminológico, a expressão ação civil pública é utilizada para aquela espécie de demanda tratada pela Lei 7.347/85, de 24 de julho de 1985, “com os acréscimos e peculiaridades previstas em outras leis que prevêm a tutela coletiva de direitos de certas categorias de pessoas”, como o faz o Código de Defesa do Consumidor⁸⁶.

Assim, a ACP está prevista na Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e na Constituição Federal de 1988, além de outras leis que prevêm ações civis coletivas,

⁸² Ibidem, p. 32.

⁸³ Ibidem, p. 32-33.

⁸⁴ LOUREIRO, Caio Márcio. *A ação civil pública e o acesso à justiça*. São Paulo: Método, 2004, p. 110.

⁸⁵ Ibidem

⁸⁶ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 16-17.

como a Lei 7.853/89, que estabelece a Política Nacional das Pessoas Portadoras de Deficiências e a Lei 8.078/90 (Código do Consumidor)⁸⁷.

3.1.2 Legitimidade Ativa na Ação Civil Pública

A legitimidade para propor esse instrumento de natureza processual é determinada mediante a conjugação do artigo 5º da Lei 7.347/85 com o artigo 82 do Código do Consumidor.

Portanto, os legitimados para propor a ACP são: o Ministério Público, a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista, entes públicos (ainda que sem personalidade jurídica) especificamente destinados à defesa do consumidor e associações constituídas há pelo menos um ano (salvo casos de manifesto interesse social), que incluam em seu objetivo social a proteção daquele bem que seja objeto do processo⁸⁸.

Cabe ressaltar que na CF/88, em seu artigo 127, o Ministério Público, foi concebido como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

E, como uma das funções a ser desempenhadas pelo órgão para a consecução de seus objetivos institucionais, o artigo 129 da Magna Carta estabelece a de promover a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio-ambiente e de outros interesses difusos e coletivos⁸⁹.

⁸⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo; Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2 ed. rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 65.

⁸⁸ DISTRITO FEDERAL LEI Nº 7.347, de 24.07.85. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. DOU de 25.07.85

⁸⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 11. Ed. São Paulo: Rideel, 2005

3.1.3 Objeto da Ação Civil Pública

Há disciplinamento a respeito do objeto imediato da ação civil pública no art. 3º da Lei da Ação Civil Pública, Lei 7.347, de 24 de julho de 1985: “a ação civil pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”⁹⁰.

Complementando o referido artigo, estabelece o art. 11 da mesma lei que

“na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”⁹¹.

Observa Hugo Nigro Mazzilli⁹²:

Depois do alargamento do objeto da LACP, trazido pela Constituição, pelo CDC e por outras leis esparsas, e assim que a ação civil pública começou a ser mais efetivamente utilizada, o governo federal se sentiu tentado a impedir o cabimento de tutela coletiva de interesses transindividuais em matérias que poderiam voltar-se contra o próprio governo. Assim, por medida provisória, dispôs que ‘não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados’. Flagrante é a inconstitucionalidade de medida provisória que tenta impedir o acesso coletivo à jurisdição, que é garantia constitucional. Ou seja, é o mesmo que, tendo a Constituição garantido o acesso à jurisdição, não só sob o aspecto individual como coletivo (Tít. II, Cap. I, e art. 5º, XXI, XXV e LXX), vir o administrador e dizer que, nos casos em que ele não o deseja, não cabe acesso coletivo à jurisdição...A lei infraconstitucional não pode proibir nem o acesso individual nem o acesso coletivo à jurisdição. Poderia ser dito que, embora o parágrafo único do art. 1º da LACP vede hoje o acesso coletivo à jurisdição, continua assegurado em sua plenitude o acesso individual. Entretanto, essa objeção não serve de escusa, pois tanto é garantia constitucional o acesso individual como ao acesso coletivo à jurisdição. Não pode a lei infraconstitucional impedir tanto um como o outro.

⁹⁰ DISTRITO FEDERAL LEI Nº 7.347, de 24.07.85. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. DOU de 25.07.85

⁹¹ Ibidem

⁹² Apud Caio Márcio Loureiro *Op. cit.* p. 159-160.

Assim, verifica-se que tanto os interesses de natureza difusa, coletiva, coletiva *stricto sensu*, como individuais homogêneos hodiernamente podem figurar como objeto mediato desta ação.

3.2 Justificativas para um controle jurisdicional por meio da Ação Civil Pública

A atual realidade brasileira tem sido a da utilização do Poder Judiciário para questionar e comprometer a Administração Pública a desenvolver políticas públicas⁹³. Dessa forma, o juiz deve ser visto pelo cidadão como um garantidor de direitos.

Se, modernamente o Estado deve ser encarado como um implementador de políticas públicas, de modo a construir uma sociedade mais justa, igual e solidária, que tenha por meta a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º da CF/88), é possível exigir judicialmente que os administradores públicos implementem medidas ou políticas que permitam uma vida mais digna e justa a cada brasileiro⁹⁴.

Como abordado, isso demonstra que é possível utilizar o Judiciário para desenvolver políticas públicas, em casos de omissão do poder público. Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹⁵ ensina que a omissão implica responsabilidade civil do Estado, consoante o disposto no parágrafo 6º do art. 37 da Constituição Federal. É possível, pois, exigir do Estado que cumpra seu dever legal:

Se o Judiciário pode controlar a ação, igualmente pode controlar a omissão. Estar-se-ia, através da ação coletiva, evitando a ameaça de lesão. Há apenas que se verificar se a Administração estava obrigada a fazer (ato vinculado) ou se ela apenas tinha a faculdade (ato discricionário). Quando a atividade é vinculada, é plenamente possível ir a Juízo exigir o cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer do administrador. Quando o ato é discricionário, não se pode exigir o cumprimento da obrigação de fazer. O

⁹³ FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário no Brasil: uma visão geral. *Revista Interesse Público*, n. 44, jul./ago. 2007, p. 27.

⁹⁴ URBANO, Ruiz. A utilização do Judiciário para questionar e obrigar a Administração a desenvolver políticas públicas. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, nº 1, jul/dez 2005, p.15.

⁹⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro apud URBANO, Ruiz. A utilização do Judiciário para questionar e obrigar a Administração a desenvolver políticas públicas. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, nº 1, jul/dez 2005, p.16.

poder de polícia, o disciplinar, o regulamentar não são discricionários. A Administração pode decidir quanto fazer, a melhor maneira de fazer sem, contudo, deixar de fazer. É que a lei já lhe determinava que fizesse. O mesmo se diga com respeito aos serviços públicos, que não podem deixar de ser prestados pelo Estado.

A utilização de ações coletivas, em especial a ação civil pública, valoriza o Judiciário, na medida em que faz dele instrumento de democratização e amplia o acesso da grande massa de excluídos àqueles serviços públicos. É importante estimulá-las.

Nesse contexto, a ação civil pública contém, no sistema normativo brasileiro, a estrutura procedimental adequada para o aludido fim, considerando que sua sentença tem eficácia *erga omnes*, inclusive para alcançar eventos futuros similares ao tratado em sua decisão⁹⁶.

3.3 O papel político assumido pelos nossos Tribunais

Hoje, a construção de doutrina tendente a exigir judicialmente o implemento gradual das obrigações sociais pelo Estado, ganha força por meio da ação civil pública. Atualmente, há maior espaço para isso diante do novo arcabouço normativo onde a legitimidade de uma decisão política, administrativa e até judicial pressupõe conformidade com esta nova idéia de direito⁹⁷.

Nas palavras de Sérgio de Andréa Ferreira⁹⁸:

O juiz não vai substituir ao legislador, ao administrador, no núcleo do poder discricionário. Mas não o estará fazendo se verificar que, diante de uma aparente legalidade extrínseca, na verdade seja uma grande injustiça, de um procedimento administrativo desarrazoado, ilógico, contrário à técnica, à

⁹⁶ CIARLINI, Alvaro Luis de Araujo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição*: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar. 2008. 288 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília/DF.

⁹⁷ ALONSO, Hamilton Jr. Ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. In: Édis Milaré. (Coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 211.

⁹⁸ Apud ALONSO, Hamilton Jr. Ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. In: Édis Milaré. (Coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 211.

economicidade, à logicidade, que são parâmetros do controle jurisdicional, neste campo específico da chamada legitimidade.

Nosso Judiciário, apesar de ainda tímido, tende caminhar nessa direção, onde o “exercício do poder estatal, quando praticado sob a égide de um regime democrático, está “permanentemente exposto ao controle social dos cidadãos e à fiscalização de ordem jurídico-constitucional dos magistrados e Tribunais”, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal⁹⁹.

Assim, nos últimos anos surgem decisões nas quais se relativiza a discricionariedade administrativa (e política), desestimulando-a como óbice intransponível na rota de acesso à contemplação dos direitos fundamentais¹⁰⁰.

O alcance ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado; as áreas da saúde pública, da infância e juventude, da educação, a urbanística, dentre outras, são um claro exemplo de progressão continuada neste caminho, por estarem recebendo decisões judiciais emblemáticas por meio da ação civil pública¹⁰¹.

A fim de exemplificar um Judiciário presente nas políticas públicas, por meio dessas demandas coletivas; destacam-se apenas algumas situações pontuais nesse trabalho, embora existam inúmeros casos concretos que demonstram essa problemática.

Na Grande São Paulo, por causa do excesso de passageiros, os trens de subúrbio viajavam com as portas abertas, transportando as pessoas até sobre o teto do vagão. Eram freqüentes mortes e mutilações nos acidentes e quedas. Foi promovida ação civil pública, também pelo Ministério Público Estadual, para obrigar a concessionária daquele serviço público a oferecer transporte digno, regular e seguro aos usuários. Terminou sendo julgada procedente, com a aquisição de novos

⁹⁹ Ag. Reg. no Agravo de Instrumento AgRg em AgIn 236.546, Rel. Celso de Melo, Supremo Tribunal Federal.

¹⁰⁰ ALONSO, Hamilton Jr. Ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. In: Édis Milaré. (Coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 211.

¹⁰¹ Ibidem

trens e a recuperação daqueles antigos, com melhorias significativas para os usuários¹⁰².

Idêntica ação foi promovida para obrigar a Administração Pública a distribuir gratuitamente remédios para pessoas carentes, sobretudo aidéticos que não tinham condições de adquiri-los¹⁰³.

Em 1998, no interior do Estado de S. Paulo, na cidade de Rio Claro, a Delegacia de Ensino informou ao promotor de Justiça que, no ano letivo que se aproximava, muitas crianças não teriam acesso à escola, pois faltariam cerca de 500 vagas na primeira série do ensino fundamental. A instituição documentou os fatos e promoveu ação civil pública para obrigar o prefeito a criar tais vagas, já que a Constituição Federal, nos artigos 211 e 212, obrigava a Municipalidade a atuar prioritariamente no ensino fundamental, investindo 25%, no mínimo, da receita resultante de impostos.

Bem por isso, obrigatório o ensino fundamental, gratuito (art. 208), sem que qualquer criança pudesse ficar sem escola (ECA, art. 208), tanto que os pais seriam responsabilizados criminalmente caso deixassem de matricular os filhos (Código Penal, art. 246). O procedimento não previa audiência prévia de conciliação, mas ela foi designada, ganhando o fato repercussão na imprensa. Embora o prefeito relutasse em criar aquelas vagas, a liminar foi deferida e o chefe do executivo municipal terminou por permitir que aquelas crianças tivessem acesso ao ensino público, sem contestar a ação¹⁰⁴.

O Tribunal de Justiça de São Paulo julgou improcedente ação civil pública de iniciativa do Ministério Público Estadual frente à Fazenda do Estado de São Paulo, cominando a obrigação de não fazer consistente em se abster de implantar programa de troca, permuta, distribuição ou fornecimento de agulhas, seringas descartáveis e outros instrumentos, incluídos ou não em kits, aos usuários de drogas injetáveis. Entendeu, com efeito, que tal conduta não violava os artigos. 37 e 195 da

¹⁰² Apelação Cível nº 45.028-5/5, Rel. Guerrieri Rezende, 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo.

¹⁰³ Apelação Cível nº 56.673-5/3, de Franca, 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo.

¹⁰⁴ Processo nº 608/97, 2ª Vara Criminal, da Infância e da Juventude da Comarca de Rio Claro-SP.

Constituição Federal e também não configurava o crime previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76¹⁰⁵.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DUPLICAÇÃO DE RODOVIA FEDERAL. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. A moderna jurisprudência admite a intervenção do Poder Judiciário na Administração Pública, viabilizando a antecipação de tutela para determinar a execução de obra relativamente a duplicação de rodovia federal, ante a responsabilidade civil do Estado sobre mortes e mutilações decorrentes de acidentes de trânsito havidos na rodovia de sua competência¹⁰⁶.

Destarte, fica evidente que a ação civil pública em casos de omissão do agente público é um instrumento eficiente. As demandas coletivas são uma realidade a ser enfrentada na dimensão que a nova ordem social e jurídica estabelece, sendo através delas que o administrador se vincula a melhorar o transporte coletivo, a criar vagas no ensino fundamental, entre outras providências, como exemplificado acima.

Isso demonstra que é possível utilizar o judiciário para desenvolver políticas públicas e exigir das autoridades que cumpram deveres e que tomem atitudes em prol da cidadania.

Assim, os tribunais quando uma política perpetrar uma violação aos direitos fundamentais podem ser provocados para atuar de modo a viabilizar a preservação destes, o que não significa invadir a esfera de competência reservada atribuída aos demais poderes.

Para Dias¹⁰⁷, admitir a abertura desse espaço institucional é indispensável para completar e dar sentido aos direitos fundamentais que se concebem “por meio

¹⁰⁵ Apelação Cível nº 33.788/5, 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

¹⁰⁶ TRF4, 4ª Turma, AG no AI 200404010145703/ SC, relator: juiz Edgar A. Lippmann Junior, DJ 04.08.2004.

¹⁰⁷ DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007, p. 126.

do processo crítico de análise da realidade, procurando estabelecer um paradigma diferenciado a ser obtido por meio de uma construção contínua das relações sociais”.

O Judiciário destina-se, sobretudo, à garantia de direitos. É preciso, pois, que passemos a utilizá-lo como instrumento para cobrar e acompanhar o desenvolvimento de políticas públicas.

CONCLUSÃO

Ainda que a efetividade de todo direito fundamental e, por conseguinte, dos direitos sociais (direitos responsáveis em promover a igualdade entre as pessoas) sofra limitações atinentes aos seus custos, cabe à Administração Pública implementar políticas públicas fundamentadas na dignidade da pessoa humana.

Para isso, a Constituição Federal de 1988 assegura o mínimo existencial, ou melhor, condições mínimas de existência, cabendo ao Estado disponibilizar condições materiais imprescindíveis para garantir o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, nossa mais recente jurisprudência vem conferindo ao Poder Judiciário a possibilidade de intervir em matérias administrativas, embora a implementação de políticas públicas seja uma função do Poder Executivo.

O Judiciário atua, de, de maneira excepcional e estratégica na efetivação de políticas públicas ineficazes, visando a plena realização dos direitos fundamentais previstos no texto Constitucional.

Esse controle por parte do Judiciário sobre mecanismos imprescindíveis à fruição dos direitos fundamentais possui legitimidade democrática, fundada na garantia desses direitos. E, para realizar esse controle, uma das formas é a da ação civil pública.

Esse instrumento processual influencia, em muito, na correção e no ajuste de políticas públicas, vinculando a Administração Pública a alterar um padrão de comportamento.

Através da ação civil pública o Judiciário poderá, de forma eficaz, questionar e avaliar políticas públicas oriundas do Poder Público, tratando-se de um instrumento idôneo a provocar o controle e eventual intervenção do judiciário nas políticas públicas.

Contudo, embora haja essa possibilidade de o Judiciário atuar na implementação de direitos fundamentais, cobrando certa postura do administrador público, deve existir certa cautela quanto ao controle jurisdicional das políticas públicas.

Ressalta-se que o Poder Judiciário sofre inúmeras limitações que acabam restringindo de forma significativa sua capacidade de provocar mudanças sociais abrangentes. Isso impede com que ele assuma a administração de programas de larga escala, que requerem complexas medidas legislativas e administrativas, além de ajustes políticos.

Como a melhoria da qualidade na prestação de um serviço social básico quase sempre depende de um grande repasse de verba ou de significativas reformulações administrativas, essas decisões são, em grande parte, de cunho político. Assim sendo, a maioria dos tribunais brasileiros não se considera competente para resolver tais questões.

Nesse contexto, o papel de um judiciário ativo no campo dos direitos sociais fica necessariamente restrito a medidas pontuais, como abordado no trabalho: a concessão de vagas em escola de ensino fundamental em determinado município, a troca de um vagão de trem etc.

Em um país como o Brasil, que encontra dificuldades em efetivar garantias constitucionais, seria interessante um novo tipo de Poder Judiciário, um Judiciário intervencionista que controle a falta de qualidade das prestações dos serviços básicos e exija a implementação de políticas sociais eficientes. Ou seja, que efetivamente resolva as questões apresentadas, se tornando responsável pelos projetos de mudanças sociais.

REFERÊNCIAS

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

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 30 jul. 2009

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 11. Ed. São Paulo: Rideel, 2005

CIARLINI, Alvaro Luis de Araujo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar*. 2008. 288 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília/DF

CONSELVAN, Jussara Seixa. O papel da hermenêutica constitucional na concretização dos direitos fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba, v.5, n. 5, jan/jun. 2009

CUNHA Júnior, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional à efetivação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004

DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001

DISTRITO FEDERAL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964 Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. *Diário Oficial da União*, 23.3.1964

DISTRITO FEDERAL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 25.07.85

Édis Milaré. (Coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário no Brasil: uma visão geral. *Revista Interesse Público*, n. 44, jul./ago. 2007

FRANCO, Fábio Luis; MARTINS, Antonio Darienso. A ação civil pública como instrumento de controle das políticas públicas. *Revista De Processo*, nº 135, mai 2006

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de Políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Processo*, n. 164, out. 2008

HABERMAS, Jürgen. Flávio Beno Siebeneichler. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO, Aula de Teoria Geral do Processo Coletivo. Brasília, 2009

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais*. Salvador: Edições Jus PODIVM, 2008

Kossmann, Edson Luís. *Efetividade dos direitos fundamentais sociais e o problema do alto custo da saúde*. Disponível em: < www.incubadora.ufsc.br>. Acesso em: 20 jun 2011

LINHARES, Paulo Afonso. *Direitos Fundamentais e qualidade de vida*. São Paulo: Iglu, 2002

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Ativismo judicial e ônus da prova no processo civil. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, n. 9, jan./jun. 2007

LOUREIRO, Caio Márcio. *A ação civil pública e o acesso à justiça*. São Paulo: Método, 2004

Luiz Werneck Vianna. (org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. 1 ed. Belo Horizonte: Editora da UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2002, v. 1

MACHADO, Ednilson Donisete; CAVALHIERI, Juliana Raquel. *Políticas públicas como instrumentos de concretização dos direitos sociais*. Disponível em: < <http://www.conpedi.org.br>>. Acesso em 5 ago 2009

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas *Revista Brasileira de Direito Público*. Disponível em <<http://www.advcom.com.br>>. Acesso em 10 jun 2011

MARILSON, Ana Frazão; ROMÃO, José Eduardo Elias (Orgs.). *Estudos de direito público: direitos fundamentais e estado democrático do direito*. Porto Alegre: Síntese, 2003

MAY, Peter H. et al. *Instrumentos econômicos para o desenvolvimento sustentável na Amazônia brasileira*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2005

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3 ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva: 2004

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010

PAFFENSELLER, Michelli. Teoria dos Direitos Fundamentais. *Revista Jurídica*, Brasília, jun/jul 2007. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mai 2011

REDE DE ENSINO LFG. Aula de Direito Constitucional. Brasília: Unidade Sudoeste, 2010

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2003

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Ação Civil Pública competência e efeitos da coisa julgada*. São Paulo: Malheiros, 2003

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. O Papel das Políticas Públicas no Desenvolvimento Local e na Transformação da Realidade. Disponível em: <<http://www.fit.br>>. Acesso em 10 jun 2011

TERRA, Eugênio Couto. *A idade penal mínima como cláusula pétrea*. Disponível em: <<http://jjj.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 16 jun 2011

URBANO, Hugo Soares Caymmi. Notas sobre a efetivação do direito fundamental à saúde. *Revista de Informação Legislativa*, nº 188, out/dez 2010

URBANO, Ruiz. A utilização do Judiciário para questionar e obrigar a Administração a desenvolver políticas públicas. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, nº 1, jul/dez 2005

ZAULI, Eduardo Meira. Judicialização da Política, Poder Judiciário e Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 185, jan/mar 2010

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo; Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2 ed. rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007