

**JUDICIALIZAÇÃO DA
POLÍTICA:
possibilidades e limites
de atuação do poder
jurisdicional na
efetivação da política***



Nathalia Gallo de Oliveira

Analista Processual da Secretaria da Fazenda de São Gonçalo/RJ
Especialista em Gestão Pública Municipal pela ECG/TCE-RJ

PALAVRAS-CHAVE:
Judicialização; política;
Judiciário; controle; direitos
fundamentais; limites.

KEYWORDS: *Judicialization;
policy; Judiciary; control;
fundamental rights; limits.*

RESUMO: O controle jurisdicional de políticas públicas é uma realidade presente no dia a dia dos tribunais brasileiros, razão pela qual o assunto pode ser considerado relevante e atual, inserindo-se no tema polêmico de um juiz protagonista. No atual contexto institucional, o Poder Judiciário como um todo, e o Supremo Tribunal Federal em especial, passam a ter um papel de destaque na transformação da realidade social, conferindo concretude a comandos constitucionais. Há muita discussão girando em torno da adequação desse controle, tendo em vista o papel desempenhado pelo juiz e, principalmente, acerca dos limites que devem ser observados pelo Judiciário, de modo a preservar a harmonia entre os poderes, motivo pelo qual o tema foi escolhido para ser abordado neste trabalho. Esse estudo justifica-se, igualmente, pelo impacto das decisões na Administração Pública, uma vez que decisões judiciais nesse sentido podem interferir tanto nas questões orçamentárias quanto administrativas de um ente estatal.

ABSTRACT: *The jurisdictional control of public policies is a present reality in the daily routine of Brazilian courts, and for this reason, it can be considered a relevant and current topic, being introduced in the controversial issue of a judge as a leading figure. In the current institutional context, the judiciary as a whole, and especially the Supreme Court, has a prominent role in the transformation of social reality, making constitutional commands concrete. There is much discussion revolving around the adequacy of this control, considering the role played by the judge and, mainly, the limits that should be observed by the judiciary in order to preserve the harmony between the state powers, which was the reason why the subject was chosen to be presented in this work. The study of the topic is also justified by the impact of the decisions in public administration, since these judgments may interfere both in budgetary and administrative issues of a state entity.*

* Artigo resultante do trabalho de conclusão de curso da 2ª turma de pós-graduação em Gestão Pública Municipal realizado na ECG em 2013

INTRODUÇÃO

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário (BARROSO, 2013).

Muitas questões de relevância social, política ou moral foram discutidas ou estão em discussão no Supremo Tribunal Federal (STF). Citem-se, como exemplos, a pesquisa de células-tronco embrionárias, a interrupção da gestação de fetos anencéfalos, a legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais. Merece destaque ainda a realização de audiências públicas pelo STF para se debater a questão da judicialização das prestações de saúde.

Indiscutivelmente, tem se verificado uma tendência cada vez maior de busca de efetivação de políticas públicas e direitos sociais por meio do apelo ao Poder Judiciário. Partindo, portanto, da premissa de que a judicialização da política é um fato inelutável, presente no dia a dia dos tribunais brasileiros, o presente artigo tem o escopo de promover não apenas uma análise acerca da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, mas principalmente de provocar o debate acerca dos limites que devem ser observados por esse poder quando ocorre essa intervenção.

Isso porque se vem percebendo uma grande complacência do Judiciário com pleitos desarrazoados, desconexos da realidade dos custos do cumprimento de determinadas decisões.

Por essa razão, as possibilidades e, principalmente, os limites da atuação judicial e as fronteiras de sua legitimidade são questões centrais a serem discutidas neste artigo. Ressalte-se que decisões judiciais nesse sentido podem interferir tanto nas questões orçamentárias quanto administrativas de um ente federativo.

Assim, no presente trabalho será abordado o modelo institucional brasileiro, bem como o papel do Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal no nosso país. Além disso, será tratado o tema referente aos direitos fundamentais e sua relação com as políticas públicas, assim como realizada uma análise minuciosa do tema do controle jurisdicional de políticas públicas.

Outrossim, serão analisadas algumas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, e sugeridos limites a essa atuação. O presente artigo não poderia exaurir o estudo dos inúmeros casos julgados pela Corte Suprema, mas trará decisões relevantes para a melhor compreensão do tema.

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O JUDICIÁRIO COMO PODER

O modelo institucional vigente

Antes de abordar o tema da judicialização da política, é fundamental discorrer sobre algumas premissas identificadoras do modelo institucional de Estado vigente. Além disso, torna-se de suma importância discorrer sobre o papel desempenhado atualmente pelo Poder Judiciário na sociedade.

A teoria da separação dos poderes, desenvolvida por Montesquieu, foi consagrada num momento histórico marcado por ideias liberais. Essa teoria, em síntese, objetivava preservar a liberdade do cidadão, contendo, para isso, o poder do Estado. Assim, nesse período o Estado devia abster-se de interferir na esfera de liberdade do indivíduo.

A partir da evolução do Estado liberal para o social, há uma alteração substancial na concepção de Estado, o qual passa a ter a obrigação de garantir a fruição dos direitos fundamentais pelos cidadãos. Percebe-se uma

ampliação da atuação estatal, em que não basta mais que este apenas mantenha a ordem pública, é necessário que ele seja o garantidor do bem-estar coletivo.

Nesse novo contexto marcado pelo Estado do bem-estar social, modifica-se claramente o perfil do poder público e da justiça estatal. A preocupação básica a partir desse momento é a de garantir não apenas as liberdades negativas, mas também de assegurar as liberdades positivas.

Nas palavras de Burgo (2013), a situação gira em torno do seguinte: o Estado social faz previsões em nível constitucional de direitos prestacionais – sociais – que devem ser implementados para satisfação plena dos objetivos republicanos igualmente inseridos na Constituição. Então, para alcançar o intento, faz-se necessária a adoção das chamadas políticas públicas (compostas por normas constitucionais e legais e por ações do Executivo, estas fundadas em programas), planejadas com base no orçamento de cada ente federativo.

Assim, de forma óbvia, um Estado altamente intervencionista demanda maior preocupação teórica com as políticas públicas que um abstencionista, exatamente porque exigirá de seus cidadãos mais recursos para implementar suas ações, o que demanda justificação. Aliás, é exatamente por isso que o estudo das políticas públicas avulta em importância no Brasil atual: primeiro, pela imensidão de tarefas que foram cometidas ao Estado com o advento da Constituição Federal de 1988; segundo, pela enorme carga tributária impingida à cidadania com o intuito de subsidiar a realização desses objetivos sociais (FONTE, 2013).

Foi nessa marcha que a nossa CF/1988 previu tantos direitos fundamentais sociais, e por essa razão ficou conhecida como Constituição Cidadã. E para garantir que esses direitos não ficassem apenas no papel estabeleceu no art. 5º, XXXV, o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Num Estado de viés social, como é o modelo brasileiro, as políticas públicas são o mecanismo para a concretização desses direitos





fundamentais e atingimento dos objetivos fundamentais do próprio Estado. É nesse esteio que se admite a apreciação pelo Poder Judiciário de questões envolvendo políticas públicas, mas sempre como *ultima ratio*.

Não é demais destacar que essa mudança para o Estado Providência também alterou o papel do orçamento público, o qual ganha destaque, passando a estar relacionado diretamente com a elaboração dessas políticas públicas. Ressalte-se que é nele que são feitas as grandes escolhas a respeito da atuação estatal. Vislumbra-se, desde logo, que o magistrado deve atuar com muita cautela quando suas decisões possam vir a afetar a programação orçamentária.

E assim a teoria da separação dos poderes, concebida no Estado liberal, muda de feição, exigindo um Judiciário mais ativo que antes. Porém, mesmo admitindo-se certa flexibilização dessa teoria clássica da separação de poderes

para sustentar a possibilidade do controle jurisdicional de políticas públicas, permanece um núcleo intangível de atribuições para cada poder. Afinal, encontra-se expresso no art. 2º da CF/1988: "São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Ressalte-se que mudar de feição não quer dizer deixar de existir. A Constituição Federal acolhe expressamente esse princípio quando dispõe em seu artigo 60 que "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a separação dos poderes".

Em suma, essa análise histórica nos revela um preeminente destaque do Poder Judiciário na CF/1988, o qual possui o relevante papel de proteger e garantir a efetividade dos direitos fundamentais. Daí a necessidade de tecer algumas considerações sobre esse poder.

A evolução do Poder Judiciário e o Supremo Tribunal Federal

A história da intervenção jurisdicional na coisa pública surge com o *judicial review*, marcado por uma das mais célebres decisões da Suprema Corte americana: o caso *Marbury x Madison*. Assinale-se que o modelo brasileiro de *judicial review* é completamente simpático ao norte-americano (o sistema constitucional brasileiro tem suas raízes no sistema norte-americano) e seu fundamento de validade é encontrado no art. 5º, XXXV da CF/1988, que prevê o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Importante mencionar que, de acordo com Sadek (2013), no Brasil o desenho institucional presidencialista determinado pela Constituição de 1988 conferiu status de poder ao Judiciário. Durante o regime militar, o Judiciário não possuía autonomia. Dessa forma, pode-se afirmar que ele teve sua identidade alterada, uma vez que, de aplicador das leis e dos

códigos, o Judiciário foi configurado como agente político, cabendo-lhe controlar a constitucionalidade e arbitrar conflitos entre os poderes Executivo e Legislativo.

Além disso, como largamente desenvolvido acima, a passagem do Estado liberal para o Estado social também alterou sua identidade, exigindo um Judiciário mais ativo e controlador. Destarte, percebe-se a existência de um quadro institucional atual bastante favorável ao protagonismo judicial. Fica, portanto, mais fácil entender a razão para esse poder vir conquistando cada vez mais espaço na arena pública. O juiz deixou de ser apenas a “boca da lei”, passando a desempenhar um papel de ator político e agente de mudanças.

A jurisdição constitucional tem se mostrado necessária para o aprimoramento do Estado de Direito e das instituições democráticas. E, como Corte Suprema do nosso país, o Supremo Tribunal Federal ganha papel de destaque na Constituição de 1988.

Dispõe a nossa atual Constituição, em seu artigo 102, que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”, elencando, em seguida, as demais atribuições do Tribunal, bem como os meios necessários para a persecução de tal fim. Dessa forma, e por toda a discussão na mais recente Constituinte sobre a instituição de uma Corte Constitucional, que deveria ocupar-se, fundamentalmente, do controle de constitucionalidade, a Constituição de 1988 acabou por fazer com que a competência originária do Supremo Tribunal Federal fosse significativamente ampliada.

O STF também exerce competências que o modelo constitucional lhe conferiu implicitamente (BRASIL, 2003). Na opinião do Ministro Gilmar Mendes – ressalte-se que tal posicionamento é alvo de profundas críticas doutrinárias –, os juízes, embora não possuam legitimidade de origem

para produzir normas jurídicas, de certa maneira têm-na adquirida com a aprovação social do seu comportamento ou, ainda, argumentando-se que sem a participação vivificadora dos seus intérpretes/aplicadores as leis permaneceriam textos frios e inacabados.

Hoje, firma-se a cada dia a importância da função política do Supremo, que deve atuar não apenas como mero julgador, mas como concretizador da ordem jurídica constitucional. Ocorre que não raros são os casos em que essa intervenção do Poder Judiciário, em razão da sensibilidade do objeto do litígio, demanda reflexão sobre a extensão e os limites que deveriam ser impostos a este poder quando se imiscui em questões envolvendo a efetivação de políticas públicas.



A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Natureza e classificação dos direitos fundamentais

O termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado (SARLET, 2001). A natureza dos direitos fundamentais é, portanto, constitucional.

De acordo com o nosso sistema constitucional, os direitos fundamentais podem ter por origem três fontes: a) os expressos (art. 5º, I a LXXVIII); b) os decorrentes de princípios e regime adotados pela Constituição; e c) os decorrentes de tratados e convenções internacionais adotados pelo Brasil. Isto se infere da leitura do art. 5º, § 2º da Constituição Federal.

A classificação adotada pelo legislador constituinte estabeleceu cinco espécies do gênero direitos e garantias fundamentais: os direitos e garantias individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos relativos à nacionalidade, os direitos políticos, e os direitos relacionados à criação e participação em partidos políticos.

A doutrina clássica divide ainda os direitos fundamentais em direitos de primeira, segunda e terceira geração, de acordo com o momento histórico em que passaram a ser reconhecidos constitucionalmente.

Os direitos de primeira geração são os direitos de defesa, são direitos de cunho negativo e estão relacionados ao pensamento liberal. Os direitos de segunda geração possuem uma dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na liberdade do indivíduo, mas sim de garantir os direitos do cidadão. Já os direitos de terceira geração são os direitos de solidariedade, que se desprendem do indivíduo para proteger os grupos, são os direitos de titularidade coletiva.

O mínimo existencial e a cláusula da reserva do possível

É notório que a Administração não possui condições de resolver de vez todos os problemas sociais existentes. Não pode, da noite para o dia, garantir um serviço público de saúde, educação, transporte, moradia, de excelência. Mas pode e deve, com o tempo, alcançar padrões eficientes de prestação desses serviços.



Nesse sentido Kazuo Watanabe (2013, p. 223) ensina que:

Num país como o Brasil, com enormes dívidas sociais, com problemas de pobreza, de marginalização, de desigualdades sociais e regionais, de desenvolvimento nacional, de falta de moradia, de distribuição desigual de rendas e outros mais, pretender que todos os direitos fundamentais sociais sejam implementados de uma só vez, inclusive com a intervenção do Judiciário é um sonho idealista que esbarra em obstáculos práticos intransponíveis.

É por essa razão que a doutrina e a jurisprudência falam em mínimo existencial, que seria um núcleo de direitos fundamentais intangíveis, porque indispensáveis à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. É, portanto, para garantir este princípio que, na omissão estatal em propiciar o mínimo existencial, se autoriza a intervenção do Poder Judiciário para sanar essa omissão arbitrária. De acordo com Felipe de Melo Fonte (2013), o mínimo existencial, ao menos no que tange aos direitos prestacionais (*status positivus libertatis*), deve ser compreendido como sinônimo de prestações mínimas para que sejam preservadas a liberdade e a dignidade da pessoa humana em seu núcleo essencial e intangível, o qual compreende i) a subsistência do ser humano, ii) a capacidade de autodeterminação e iii) a capacidade de participação nas decisões públicas. O autor afirma ainda que é possível identificar, portanto, um consenso essencial no campo de filosofia moral no que tange à necessidade de que o Estado (e a sociedade) forneça certos bens para seus membros, ainda que impostos coativamente pelo Poder Judiciário. O mínimo existencial corresponde precisamente

a este conteúdo, indisponível para as maiorias eventuais (FONTE, 2013).

Por se tratar de direito indisponível, o Estado não pode alegar que não dispõe de recursos financeiros para conferir concretude a esses direitos. Assim, a cláusula da “reserva do possível”, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais.

Importante destacar que o princípio da dignidade da pessoa humana consagrado no artigo 1º, III da CF/1988 tem o relevante papel de conferir maior concretude aos direitos fundamentais, e também auxiliar na compreensão do mínimo existencial.

Há autores, a exemplo de Fonte (2013, p. 121), que entendem que:

existem dois níveis de direitos fundamentais na Constituição de 1988: i) aqueles de imposição obrigatória, diretamente vinculados à materialização do seu núcleo (identificados como mínimo existencial) e ii) os demais, consagrados normativamente pelo constituinte de 1988 e ligados, ainda que em grau menos intenso, à dignidade da pessoa humana, mas que podem se submeter à concretização realizada pelo legislador e pelo administrador público.

Por esse raciocínio, os demais direitos fundamentais sociais, que não correspondam ao núcleo básico da dignidade da pessoa humana, não seriam qualificáveis como asseguradores do “mínimo existencial”; logo, não desfrutariam da tutelabilidade jurisdicional sem a prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo, por meio de definição de política pública específica. Em relação a eles deve ser resguardado o

debate democrático e preservado o pluralismo político, no âmbito do Legislativo e do Executivo (WATANABE, 2013).

Compartilhamos desse entendimento. Neste artigo, defende-se a ideia de que a observância ao mínimo existencial seria um limite ao controle jurisdicional. Não acompanhamos a doutrina que defende que todos os direitos fundamentais abraçados pela Constituição Federal autorizariam o controle jurisdicional de políticas públicas. Permitir isso seria conferir demasiado poder ao juiz, pois são inúmeros os direitos fundamentais previstos na CF/1988.

Destarte, este artigo defende que o Poder Judiciário não estaria autorizado a atuar livremente em quaisquer questões relacionadas a direitos fundamentais, ainda que constitucionalizadas, como parecem indicar algumas decisões. Compreendemos que o espaço não nuclear deve ser preenchido por intermédio dos poderes Executivo e Legislativo, restando ao Judiciário atuar apenas quando estiver diante de proteção ao mínimo existencial.

Não obstante o intuito da doutrina e da jurisprudência em determinar um conceito unívoco de mínimo existencial, até agora não

se alcançou um conceito objetivo, havendo divergência sobre quais direitos fundamentais deveriam integrar esse mínimo. A tarefa de delimitar o mínimo existencial e conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana é árdua e vem sendo aprimorada continuamente, porém não se pode olvidar que os órgãos investidos de legitimidade democrática eleitoral devem assumir essa responsabilidade, tornando assim mais objetivos os critérios utilizados pelos juízes no controle jurisdicional de políticas públicas.

Relação entre os direitos fundamentais e as políticas públicas

Não há que se confundirem os conceitos. De acordo com Fonte (2013, p. 49), o conceito de políticas públicas pode ser sintetizado como o “conjunto de atos e fatos jurídicos que tem por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração Pública. Frise-se que dentre esses objetivos está a concretização dos direitos fundamentais”.

Espera-se, então, da Administração Pública que formule políticas públicas capazes de assegurar os direitos fundamentais.



O FENÔMENO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Considerações preliminares e conceituais

De acordo com Tutungi Jr. (2012), reflexões sobre o fenômeno da judicialização da política iniciaram-se há algumas décadas com a obra “*The Global Expansion Judicial Power*”, organizada por C. Neal Tate e Torbjorn Vallinder, na qual uma coletânea de artigos advindos de um encontro sobre a judicialização da política ocorrido na Universidade de Bologna, na Itália, em 1992, proporcionou um amplo debate sobre a expansão da atividade judicial em todo o mundo. Destacam Tate e Vallinder (*apud* TUTUNGI JR., 2012, p. 2) que

nos Estados Unidos, na década de 90, várias decisões judiciais provenientes de diversas Cortes Estatais passaram a abordar questões relacionadas com a revisão de políticas governamentais nas áreas de serviços públicos básicos. Com a queda do comunismo totalitário na Europa Oriental e o fim da União Soviética, os Estados Unidos, por serem a “casa” da judicialização da política, acabaram por influenciar diversos ordenamentos, fazendo com que a expansão do ativismo judicial pudesse ser constatada em todo o mundo.

Verifica-se, portanto, a enorme relevância desse sistema americano, que após a Grande Guerra trouxe ao mundo a imagem de um Poder Judiciário guardião dos valores fundamentais de um ordenamento.

Infere-se ainda da afirmação de Tate e Vallinder que a redemocratização de diversos ordenamentos, bem como a existência de um sistema pautado na separação de

poderes, foram fatores que favoreceram a expansão da atividade jurisdicional e criaram condições capazes de fomentar o processo de judicialização. Além disso, a existência de uma política de direitos, notadamente a existência de uma declaração de direitos fundamentais no texto constitucional, também foi fator que contribuiu para a judicialização. Evidente que a previsão constitucional de direitos constitucionais demonstra claramente que a apreciação de políticas públicas não deve estar unicamente nas mãos de representantes eleitos pelo povo, caso contrário estas políticas não estariam previstas no Texto Maior.

O autor menciona ainda que, além desses aspectos, também a percepção pela sociedade da reputação dos membros da Administração Pública, sobretudo das Casas Legislativas, constitui elemento capaz de influenciar a judicialização, sendo que a má administração do interesse público e a corrupção acabam acarretando a aceitação pelo povo da intervenção judicial (TUTUNGI JR., 2012)

No Brasil, em especial, pode-se citar ainda o art. 5º, XXXV da CF/1988 como fundamento para legitimar o controle jurisdicional de políticas públicas. Além disso, também o modelo institucional brasileiro vigente e as características do nosso Poder Judiciário foram fatores que colaboraram para que o juiz tivesse um papel mais ativo no que concerne ao controle judicial de políticas públicas.

De toda sorte, a atuação do Judiciário nas políticas públicas demanda cautela e a urgente fixação de critérios objetivos que possam auxiliar o juiz nessa tarefa. Isso porque, como diz Fonte (2013, p. 17-18):

Tal situação tem levado a quadros caóticos nas administrações públicas nos três níveis da federação, causando a falência dos planejamentos públicos,

especialmente daqueles que cuidam dos setores mais sensíveis da população, tais como educação e saúde – justamente os mais afetados por ditas decisões. Também o orçamento público torna-se cada vez mais mera peça de ficção, eis que comprometido com o cumprimento de inúmeras decisões judiciais e incapaz de cumprir suas funções públicas. Não há estatística a respeito do número de liminares impondo obrigações às três esferas do governo, e também, pouco do impacto causado nos orçamentos públicos. Mas há relatos de que em alguns hospitais e escolas da rede pública só se consegue admissão mediante ordem judicial, fato que representa grave distorção no acesso aos bens e serviços públicos, que se espera seja feito sem discriminação entre cidadãos e de acordo com critérios bem definidos, ante a necessária observância ao princípio da igualdade.

Esse entendimento é acompanhado por Juliana Maia Daniel (2013, p. 120-121) quando afirma que:

Envolvidos pela compaixão social que o tema desperta, juízes e tribunais concedem, por exemplo, tratamentos médicos no exterior e medicamentos que não constam na lista da Anvisa sem sequer considerar o impacto de suas decisões no orçamento público e a inviabilidade que poderia delas advir na implementação de outras políticas públicas – eventualmente até mesmo na área da saúde – já estabelecidas pela administração. Vale destacar ainda a existência das demandas individuais que, não raras vezes, conseguem

decisões para “furar fila”, sem qualquer resultado social na implementação da política pública propriamente dita. Tudo isso porque decidir sobre o que seja ou não factível nos limites do orçamento do Executivo implica conhecer detalhes técnicos que não são comuns à prática dos magistrados.

Decisões igualmente abstratas que garantam, por exemplo, a segurança pública da comunidade ou que determinem que toda criança deverá estar na escola em 30 dias (sem indicar os meios ou exigir a apresentação de cronogramas físico-financeiros para sua execução e acompanhamento) são promessas tão vazias quanto as antigas declarações de direito, desacreditam o Judiciário e esvaziam sua força argumentativa em face dos angustiantes problemas enfrentados pelo Estado brasileiro (ZANETI JR., 2013).

Posicionamento do STF sobre o tema

Em âmbito jurisprudencial convém mencionar algumas decisões relevantes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, se adianta, é favorável ao controle jurisdicional de políticas públicas em determinadas hipóteses.

Este capítulo não tem por objetivo esgotar o tema, restringe-se, apenas, à análise de alguns precedentes importantes do STF sobre o controle jurisdicional de políticas públicas.

O caso de Santa Catarina

Quando da análise do Recurso Extraordinário 488.208/SC, o Ministro-Relator Celso de Mello entendeu pelo dever do ente de proteção integral à criança e aos adolescentes, determinando a criação de dois novos conselhos tutelares e a disponibilização, pelo Município de

Florianópolis, de recursos materiais e humanos aos conselhos já existentes, no caso, os setores ilha e continente.

O Ministro alegou tratar-se a hipótese de típica omissão inconstitucional imputável ao município e desrespeito à Constituição provocado por inércia estatal, comportamento que transgrediria a autoridade da lei fundamental.

Aduziu ainda a impossibilidade de invocação, pelo poder público, da cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar de sua aplicação comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial. Celso de Mello justificou a colmatação de omissões inconstitucionais pelo Judiciário como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito.

O Ministro argumentou que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), ao dispor sobre o Conselho Tutelar em seus arts. 131 a 140, nada mais fez senão definir a importância desse órgão permanente e

autônomo, integrante da Administração Pública municipal, incumbido de múltiplas e relevantes atribuições institucionais, todas voltadas à defesa e à proteção de direitos e interesses infantojuvenis, em ordem a viabilizar a própria concretização do programa constitucional de amparo, desenvolvimento e atendimento dos direitos da criança e do adolescente. Isso significa, portanto, que a omissão do município, que se abstém de instituir, de organizar e de fazer funcionar o Conselho Tutelar, representa frontal descumprimento da Constituição da República, pois a inércia do Poder Público local, além de onerar o Poder Judiciário (ECA, art. 262), frustrará o cumprimento das diretrizes constitucionais referentes à proteção e ao amparo às crianças e aos adolescentes.

O caso de São Paulo

Igualmente, na análise do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639337/SP (BRASIL, 2011), o mesmo Ministro-Relator Celso de Mello proferiu decisão obrigando o Município de São Paulo a matricular crianças





em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais.

Para fundamentar sua decisão alegou a obrigação do Estado de respeitar os direitos das crianças à educação infantil, direito este assegurado pelo próprio texto constitucional no art. 208, IV.

Aduziu em seu voto que a educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola. Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF/1988, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. Este impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.

Novamente teceu considerações acerca da legitimidade constitucional da intervenção do Poder Judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na Constituição, da inocorrência de transgressão ao postulado da separação de poderes, da reserva do possível, do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana.

O caso do Paraná

Interessante apontar também a decisão do Agravo de Instrumento 598.212/PR (BRASIL, 2001), proferida pelo mesmo relator, Ministro Celso de Mello.

Nessa decisão histórica, o Supremo reconheceu a obrigação do Estado do Paraná de implantar a Defensoria Pública no Estado, sob o argumento de que a omissão estatal compromete e frustra direitos fundamentais de pessoas necessitadas, o que, no seu entender, seria uma situação constitucionalmente intolerável em razão da previsão do art. 5º, inciso LXXIV e art. 134, ambos da CF/1988.

Para justificar o acolhimento do pedido, o Ministro sustentou a essencialidade da Defensoria Pública como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que também são titulares as pessoas carentes e necessitadas.

Para sustentar a possibilidade de o Judiciário exercer o controle jurisdicional de políticas

públicas, aduziu que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que é lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, se e quando se registrar, como sucede no caso, situação configuradora de inescusável omissão estatal. A omissão do Estado que deixa de cumprir a imposição ditada pelo texto constitucional qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

A necessidade de imposição de limites à atuação judicial

Cumpra esclarecer que são muitos os casos em que o STF foi instado a se manifestar sobre o tema objeto do presente artigo. Apenas a título exemplificativo podemos citar: ADPF 45/DF, AgRegRE 410.715/SP, RE 431.773/SP e RE 436.996/SP. Além disso, tribunais em geral também se deparam com regularidade com o fenômeno, e os temas objeto de julgamento são os mais diversos possíveis, como, por exemplo, no âmbito do direito à saúde, a concessão de tratamentos médicos e entrega de medicamentos. No que concerne ao direito à educação, a construção de escolas, provimento de professores, garantia de vaga, garantia de transporte para a escola. Igualmente, há também decisões relacionadas ao direito dos presos à salubridade do cárcere e direitos das crianças e adolescente à criação de Conselho Tutelar (TJRJ, AC 2007.001.47424, TJRJ AI

2008.002.35753, TJRS AC 70021648290, TJRJ AI 2008.002.02378, TJRJ, AI 2007.002.21788, TJRJ AC 2008.001.24905, TJRJ AC 2006.00167716, TJRJ AC 2007.00111057). Ainda que a partir de análises jurisprudenciais se possam extrair alguns limites impostos pelo próprio Poder Judiciário à atuação jurisdicional no controle de políticas públicas, a verdade é que não há consenso sobre a matéria e quase nenhuma uniformidade sobre quais seriam, de fato, esses limites a serem observados pelo juiz.

De toda sorte, em linhas gerais, conclui-se, a partir de uma análise apurada das decisões supramencionadas, que a Corte Suprema:

1. aceita ações judiciais em que existe omissão administrativa na concretização de direitos fundamentais constitucionalizados;
2. costuma mencionar a teoria do mínimo existencial como parâmetro para o controle;
3. considera o argumento da reserva do possível quando invocado pelo Estado nas situações em que, comprovadamente, não há disponibilidade financeira, ou que os recursos existentes foram efetivamente utilizados.

Para Ada Pellegrini Grinover (2013), os limites a serem observados pelo Judiciário seriam basicamente:

1. o limite fixado pelo mínimo existencial;
2. a razoabilidade da pretensão/social;
3. a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas – “reserva do possível”. No que concerne à teoria do mínimo existencial, pode-se afirmar que ela é definitivamente a peça-chave para o controle de políticas públicas. Ela será o norte para o magistrado, isso porque, se admitirmos a possibilidade de controle, todas as vezes em que estivermos diante de um direito fundamental, corre-se o risco de incorrer num grave erro, pois há evidente inflação

de direitos fundamentais na CF/1988. Dessa forma, se não adotarmos o mínimo existencial como parâmetro, estar-se-ia admitindo a sindicabilidade de quase todo direito previsto na Constituição em face do Estado.

Razoabilidade da pretensão está intrinsecamente relacionada com o princípio da proporcionalidade, que significa, em última análise, a busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados (GRINOVER, 2013). O que significa dizer que o juiz só estaria autorizado a atuar quando a conduta do administrador fosse flagrantemente irrazoável.

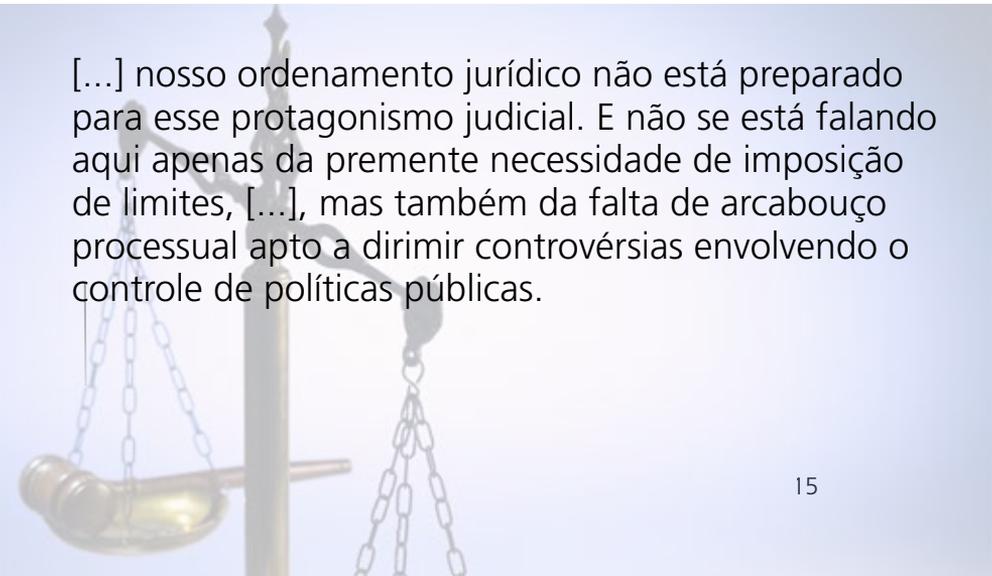
Buscando auxiliar ainda mais nesta tarefa, o presente artigo propõe ainda que se dê preferência a soluções coletivas sobre soluções individuais, afinal os direitos fundamentais foram instituídos para serem fruídos coletivamente. Isto significa dizer que diante de situações envolvendo saúde, educação, segurança, meio ambiente, o juiz deve priorizar o processo coletivo para dar soluções de maior abrangência aos problemas. Esta prevalência não seria um limite, mas sim uma sugestão à atuação judicial.

Necessário ainda que se opte pelo formalismo interpretativo, o que significa dizer que o juiz deve dar menos vazão a concepções morais

particulares nas decisões judiciais, ainda que possam ser reconduzidas a princípios constitucionais. Isto porque a forma como os princípios jurídicos foram positivados é excessivamente fluida, de modo que, valendo-se de alguma margem de criatividade, o magistrado poderá assumir inteiramente o papel dos poderes políticos, o que violaria a função político-social do princípio da separação dos poderes (FONTE, 2013).

É importante frisar ainda que nosso ordenamento jurídico não está preparado para esse protagonismo judicial. E não se está falando aqui apenas da premente necessidade de imposição de limites, já largamente demonstrada no presente artigo, mas também da falta de arcabouço processual apto a dirimir controvérsias envolvendo o controle de políticas públicas. Hoje, qualquer tipo de ação pode ser utilizado para provocar o Judiciário a exercer esse controle, demonstrando pouca uniformidade e sistematização sobre o delicado tema.

Assim, é fundamental a instituição de uma análise processual mais aprofundada, tão necessária quando falamos de decisões sobre políticas públicas. É de suma importância ainda o estabelecimento de um contraditório ampliado, que envolva o diálogo com os responsáveis por sua efetivação, de modo a fornecer ao prolator da decisão judicial dados



[...] nosso ordenamento jurídico não está preparado para esse protagonismo judicial. E não se está falando aqui apenas da premente necessidade de imposição de limites, [...], mas também da falta de arcabouço processual apto a dirimir controvérsias envolvendo o controle de políticas públicas.

concretos e informações relevantes, que o auxiliem na tomada de uma decisão não apenas justa, mas principalmente exequível.

Se não houver urgente regulamentação, toda a sociedade será afetada por essa atuação desmedida do Poder Judiciário em tema de políticas públicas. Dessa forma, cabe ao legislador construir regras que auxiliem o Poder Judiciário no exercício desse controle. Já existem doutrinadores dispostos a pensar a judicialização da política pública, com foco nos limites à atuação judicial, a exemplo do projeto elaborado, entre outros autores, pela Professora Ada Pellegrini Grinover, o qual será visto na íntegra no capítulo seguinte.

Projeto de lei sobre o tema

O II Seminário sobre Controle Jurisdicional de Políticas Públicas realizado em outubro de 2011 pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (Cebepej) e pelo Departamento de Direito Processual da Universidade de São Paulo apresentou conclusões, traçando linhas gerais de um projeto de lei sobre controle jurisdicional de políticas públicas. Em razão de sua relevância, segue o projeto final a ser possivelmente encaminhado ao Congresso Nacional (SEMINÁRIO SOBRE CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 2011).

PROJETO DE LEI N.

Institui processo especial para o controle e intervenção em Políticas Públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências.

PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Art. 1º. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário rege-se pelos seguintes princípios, sem prejuízo de outros que assegurem o gozo de direitos fundamentais sociais:

- I – proporcionalidade;
 - II – razoabilidade;
 - III – garantia do mínimo existencial;
 - IV – justiça social;
 - V – atendimento ao bem comum;
 - VI – universalidade das políticas públicas;
 - VII – equilíbrio orçamentário;
- DA COMPETÊNCIA E DA PETIÇÃO INICIAL

Art. 2º. Ressalvadas as hipóteses de cabimento de ações constitucionais, é competente para o controle judicial de políticas públicas a justiça ordinária, estadual ou federal, por intermédio de ações coletivas ajuizadas pelos legitimados indicados pela legislação pertinente. Parágrafo único – Para a implementação ou correção de políticas públicas são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos.

Art. 3º. A petição inicial, que obedecerá



aos requisitos previstos no Código de Processo Civil, deverá indicar com precisão a medida requerida para a implementação ou correção da política pública, bem como a autoridade responsável por sua efetivação, que será notificada, para os fins da fase preliminar. Parágrafo único – A petição inicial também indicará a pessoa jurídica de direito público a que pertence a autoridade responsável pela efetivação da política pública, pela qual se determinará a competência.

Art. 4º. Se a autoridade se der por incompetente, deverá declinar a que entender competente, que será igualmente notificada para a fase preliminar, de acordo com o disposto no art. 5º.

DA FASE PRELIMINAR

Art. 5º. Estando em ordem a petição inicial, o juiz a receberá, notificando o órgão do Ministério Público e a autoridade responsável pela efetivação da política pública, para que esta preste, pessoalmente e no prazo de 60 dias, prorrogável por igual período, informações detalhadas que deverão contemplar os seguintes dados, que constarão do mandado:

I – o planejamento e a execução existentes para a política pública a que se refere o pedido;

II – os recursos financeiros previstos no orçamento para a implementação da política pública a que se refere o pedido;

III – a previsão de recursos necessários à implementação ou correção da política pública a que se refere o pedido;

IV – em caso de insuficiência de recursos, a possibilidade de transposição de verbas;

V – o cronograma necessário ao eventual atendimento do pedido.

Art. 6º. Se o pedido envolver o mínimo existencial, ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, o juiz poderá antecipar a tutela, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil, ficando nesses casos dispensadas as informações a respeito dos incisos II, III e IV do artigo 5º.

Parágrafo único – Considera-se mínimo existencial, para efeito desta lei, o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição, em relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana.

Art. 7º. Não prestadas as informações indicadas no *caput*, o juiz aplicará à autoridade responsável as sanções previstas no art. 14 do Código de Processo Civil, podendo convocá-la pessoalmente para comparecer a juízo.

§ 1º Na prestação de informações, a autoridade responsável pela execução da política pública poderá servir-se de assessores técnicos especializados.

§ 2º O juiz poderá utilizar técnicos especializados para assessorá-lo na análise das informações, sem prejuízo de consultas a órgãos e instituições do ramo (parágrafo único do art. 26).

Art. 8º. Considerando insuficientes as informações, o juiz, de ofício ou a requerimento do autor, ou do Ministério Público, quando este não for autor, poderá solicitar esclarecimentos e informações suplementares, a serem prestadas em prazo razoável, fixado pelo juiz, bem como designar audiências, em contraditório pleno, inclusive com a presença dos técnicos envolvidos, para os mesmos fins.

Art. 9º. Tendo por esclarecidas as questões suscitadas na fase preliminar, o juiz poderá designar audiências públicas, convocando representantes da sociedade civil e de instituições e órgãos especializados.

Parágrafo único – Admite-se, tanto na fase preliminar como no processo judicial, a intervenção do “amicus curiae”, pessoa física ou jurídica, que poderá manifestar-se por escrito ou oralmente.

DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Art. 10. As partes poderão, de comum acordo, submeter o conflito ao juízo arbitral, observado o disposto na Lei n. 1307 de 1996 e o prescrito no art. 12, ou à mediação ou conciliação judiciais ou extrajudiciais.

Art. 11. A qualquer momento, poderão as partes transigir sobre o cumprimento da obrigação, sua modalidade e seus prazos, ouvido o Ministério Público ou o defensor público, conforme o caso.

Parágrafo único – A transação, homologada pelo juiz, terá efeito de título executivo judicial e, assinada pelos transatores e pelo Ministério Público, de título executivo extrajudicial.

Art. 12. O Ministério Público ou outros órgãos públicos legitimados às ações coletivas poderão colher da Administração ou do ente privado Termo de Ajustamento de Conduta sobre o cumprimento da obrigação, sua modalidade e seus prazos, que, em caso de existência de processo, só terá eficácia com a manifestação do Autor.

Parágrafo único – O Termo de Ajustamento de Conduta terá natureza jurídica de transação, submetendo-se à regra do parágrafo único do art. 11.

DO PROCESSO JUDICIAL

Art. 13. Não havendo acordo, o juiz examinará, no juízo de admissibilidade, a razoabilidade do pedido e a irrazoabilidade da atuação da Administração, podendo extinguir o processo, com resolução do mérito, ou determinar a citação do representante judicial da autoridade competente, para responder.

Parágrafo único – Extinto o processo, serão intimados da sentença o autor, a autoridade responsável e a pessoa jurídica de direito público a que esta pertence.

Art. 14. Determinada a citação, a autoridade responsável pela política pública continuará vinculada ao processo, inclusive para os fins do art. 18.

Art. 15. Todos os elementos probatórios colhidos na fase preliminar, em contraditório, serão aproveitados no processo judicial, devendo o juiz privilegiar o julgamento antecipado da lide, sempre que possível.

Art. 16. O prazo para contestar será de 30 (trinta) dias, sem outros benefícios de prazo para a Fazenda Pública, seguindo o processo o rito ordinário previsto no Código de Processo Civil.

Parágrafo único – O juiz usará de rigor para indeferir as provas irrelevantes e impertinentes.

Art. 17. Na decisão, se for o caso, o juiz poderá determinar, independentemente de pedido do autor, o cumprimento de obrigações de fazer sucessivas, consistentes, quando o entender necessário, na de incluir créditos adicionais especiais no orçamento do ano em curso ou de determinada

verba no orçamento futuro e de aplicar efetivamente as verbas na implementação ou correção da política pública requerida.

Parágrafo único – O juiz, de ofício ou a pedido das partes, poderá alterar a decisão na fase de execução, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto, caso o ente público promova políticas públicas que se mostrem mais adequadas do que as determinadas na decisão ou caso a decisão se revele inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito que constitui o núcleo da política pública deficiente.

Art. 18. Se a autoridade responsável não cumprir as obrigações determinadas na sentença ou na decisão antecipatória, incorrerá pessoalmente nas multas diárias previstas no Código de Processo Civil, devidas a partir da intimação pessoal para o cumprimento da decisão, sem prejuízo da responsabilização por ato de improbidade administrativa ou das sanções cominadas ao crime de responsabilidade ou de desobediência, bem como da intervenção da União no Estado ou do Estado no Município.

Art. 19. Para o efetivo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória, o juiz, independentemente das medidas previstas no art. 17, poderá nomear comissário, pertencente ou não à Administração, que também poderá ser pessoa jurídica, para a implementação e acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações, informando ao juiz, que poderá lhe solicitar quaisquer providências.

§ 1º Os honorários do comissário serão fixados pelo juiz e custeados pelo ente público responsável pelo cumprimento



da sentença ou da decisão antecipatória.

§ 2º O ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória deverá, se for o caso, apresentar projeto de execução da política pública, instruído com o respectivo cronograma, que será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor e o comissário e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil.

§ 3º O juiz definirá, de acordo com a complexidade do caso, prazo para apresentação do projeto.

§ 4º A execução do projeto será periodicamente avaliada pelo juiz, com a participação do comissário, e, caso se revelar inadequada, deverá ser revista nos moldes definidos no parágrafo 2º.

Art. 20. Quando o controle da política pública não for objeto específico da demanda, mas questão que surgir no processo, individual ou coletivo, o juiz, de ofício ou a pedido das partes, poderá instaurar incidente que obedecerá ao disposto nos artigos 25 e 26 desta lei.

DA REUNIÃO DOS PROCESSOS EM PRIMEIRO GRAU

Art. 21. Quando vários processos versando sobre pedidos, diretos ou indiretos, de implementação ou correção de políticas públicas relativas

ao mesmo ente político correrem em diversos juízos, as causas serão reunidas, independentemente de conexão, para julgamento conjunto, a fim de o juiz dispor de todos os elementos necessários para uma decisão equitativa e exequível.

Parágrafo único – Aplica-se à reunião de processos a regra de prevenção do Código de Processo Civil.

DAS RELAÇÕES ENTRE MAGISTRADOS

Art. 22. Os tribunais promoverão encontros periódicos, presenciais ou por videoconferência, com os juízes competentes para o processamento e julgamento de ações que visem, direta ou indiretamente, ao controle jurisdicional de políticas públicas, destinados ao conhecimento e possível harmonização de entendimentos sobre a matéria.

Parágrafo único – Sem prejuízo da providência mencionada no caput, os tribunais fomentarão reuniões regionais, com periodicidade adequada, com o mesmo objetivo.

DA REUNIÃO DE PROCESSOS EM GRAU DE RECURSO

Art. 23. Quando o Tribunal receber diversos recursos em processos que objetivem o controle judicial de políticas públicas, relativamente ao mesmo ente político, e que poderão comprometer o mesmo orçamento, os processos serão reunidos para julgamento conjunto, de competência do tribunal pleno ou do respectivo órgão especial, com vistas a uma decisão equânime e exequível.

DOS CADASTROS NACIONAIS

Art. 24. O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos sobre Políticas

Públicas, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a sua existência e estado.

§ 1º Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídos processos envolvendo o controle de políticas públicas remeterão, no prazo de 10 (dez) dias, cópia da petição inicial, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º No prazo de 90 (noventa) dias, a contar da publicação da presente lei, o Conselho Nacional de Justiça editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado através da rede mundial de computadores. O regulamento disciplinará a forma pela qual os juízos comunicarão a existência de processos objetivando o controle de políticas públicas e os atos processuais mais relevantes sobre o seu andamento, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença, o trânsito em julgado, a interposição de recursos e a execução.

Art. 25. O Conselho Nacional do Ministério Público organizará e manterá o Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário, os colegitimados e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a abertura do inquérito e a existência do compromisso.

§ 1º Os órgãos legitimados que tiverem tomado compromissos de ajustamento de conduta remeterão, no prazo de 10

(dez) dias, cópia, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta.

§ 2º O Conselho Nacional do Ministério Público, no prazo de 90 (noventa) dias, a contar da publicação da presente lei, editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e Compromissos de Ajustamento de Conduta, incluindo a forma de comunicação e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado.

DAS DEMANDAS INDIVIDUAIS

Art. 26. Na hipótese de demandas para a tutela de direitos subjetivos individuais, que possam interferir nas políticas públicas de determinado setor, o juiz só poderá conceder a tutela se se tratar do mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, nos termos do disposto no parágrafo 1º do art. 5º e se houver razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da conduta da Administração.

Parágrafo único – Cada circunscrição judiciária organizará e manterá comissões de especialistas destinadas a assessorar o magistrado nos diversos setores de políticas públicas, fornecendo dados e informações que o auxiliem em sua decisão.

Art. 27. Na hipótese prevista no artigo 26, o juiz notificará o Ministério Público e outros legitimados às demandas coletivas para, querendo, ajuizar o processo coletivo versando sobre a implementação ou correção da política pública, o qual seguirá o disposto nesta lei.

Art. 28. Atendido o requisito da

relevância social e ouvido o Ministério Público, o juiz poderá converter em coletiva a ação individual que:

I – tenha efeitos coletivos, em razão da tutela de bem jurídico coletivo e indivisível, cuja ofensa afete a um tempo as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;

II – tenha por escopo a solução de conflitos de interesses relativos a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, pela sua natureza ou por disposição de lei, deva ser uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo e padrão de conduta consistente e unitária para a parte contrária.

§ 1º Determinada a conversão, o autor manterá a condição de legitimado para a ação, mas em litisconsórcio necessário com o Ministério Público ou outro colegitimado para a ação coletiva.

§ 2º O Ministério Público ou outro legitimado, no prazo a ser fixado pelo juiz, poderão aditar ou emendar a petição inicial para adequá-la à tutela coletiva.

§ 3º Se nenhum dos colegitimados aditar ou emendar a petição inicial, o juiz encaminhará os autos ao Conselho Superior do Ministério Público para que indique um membro da instituição para fazê-lo.

§ 4º A coisa julgada atuará *erga omnes*, nos termos do disposto nos arts. 103 e 104 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

§ 5º Não intervindo como parte, o Ministério Público atuará como fiscal da ordem jurídica.

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 29. Os tribunais federais criarão, e os estaduais poderão criar, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, contados a partir da vigência desta lei, varas especializadas para o processamento e julgamento de ações que visem, direta ou indiretamente, ao controle jurisdicional de políticas públicas.

Art. 30. As disposições desta lei aplicam-se às fases e atos ainda não concluídos dos processos em curso.

Art. 31. Esta lei entrará em vigor no prazo de 90 (noventa) dias contados de sua publicação.

Nota-se que o projeto formaliza e amplia os pressupostos e limites que devem ser observados pelo Judiciário quando realiza o controle jurisdicional de políticas públicas. Além

disso, traz procedimentos formais para a tramitação do processo, delimitando suas fases e as responsabilidades dos atores processuais, principalmente da autoridade responsável pela efetivação das políticas públicas. De suma importância citar que o referido projeto traz ainda meios alternativos de solução da controvérsia, além da possibilidade de se criar varas específicas para a tramitação dos processos dessa natureza.

Por fim, cumpre esclarecer que o presente artigo não objetivou analisar minuciosamente o conteúdo do supramencionado projeto, mas apenas chamar a atenção da sociedade para o debate sobre o tema. O que não se pode permitir é a ausência de parâmetros dotados de certa objetividade, capazes de indicar até onde o Judiciário poderá intervir em tema de política públicas, daí a importância de se valorizar esse tipo de iniciativa.



CONCLUSÃO

Considerando que a judicialização da política é uma realidade presente nos tribunais, faz-se necessária a urgente fixação de parâmetros seguros para que a intervenção não crie problemas insolúveis para a Administração, e até mesmo para a população. O controle judicial sobre as políticas públicas é salutar quando exercido racionalmente e confinado aos limites da normatividade constitucional, mas não pode converter-se em instrumento de arbítrio e tampouco implicar a derrocada dos sistemas públicos. Daí a necessidade de encontrar parâmetros mais claros para que ele possa ser exercido (FONTE, 2013).

Este artigo buscou trazer alguns limites já utilizados pelo STF e também alguns propostos pela doutrina especializada.

Em síntese, seriam eles:

1. o limite fixado pelo mínimo existencial;
2. a razoabilidade da pretensão/social;
3. a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Além disso, torna-se fundamental a instituição de uma análise processual mais aprofundada, tão necessária quando falamos de decisões sobre políticas públicas.

O maior problema é que não há uma uniformidade nas decisões judiciais sobre o tema, inclusive e principalmente no Supremo Tribunal Federal. Constata-se que questões análogas têm recebido tratamento diverso nos tribunais.

Uma crítica que merece ser mencionada é que deveria existir um maior questionamento por parte da doutrina e da própria sociedade sobre essas decisões reiteradas e desmedidas advindas do Judiciário, isso porque não se vislumbram no atual momento parâmetros razoáveis que possam auxiliar o juiz na tomada de decisão. Assim, acabam ficando unicamente ao alvedrio desses juízes decisões sérias envolvendo a implementação de políticas públicas.

Objetivando uniformizar o tratamento dado ao tema, o seminário realizado em 2011 pelo Cebepej e pelo Departamento de Direito Processual da USP traçou linhas gerais de um projeto de lei sobre controle jurisdicional de políticas públicas, que se não resolve todas as questões acima citadas, resolve algumas importantes. O projeto ainda não foi encaminhado ao Congresso, e nada garante que o seja, mas por ser considerado um grande passo com relação ao tema, mereceu integral transcrição no presente estudo. Este artigo não se propôs a entrar no mérito se a judicialização é um fenômeno prejudicial ou benéfico à sociedade, apenas o tratou como um fato que vem ocorrendo com frequência, desmedidamente e sem critérios capazes de assegurar a confiabilidade dessas decisões. Por essa razão, esse fenômeno demanda urgente fixação de limites. O objetivo, portanto, deste artigo foi o de promover uma análise do fenômeno, despertando o debate sobre o tema. Assim, espera-se que os elementos ora abordados sejam profícuos a permitir esses debates pela sociedade e pela doutrina especializada.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento 598212/PR**. Relator: Ministro Celso de Mello. 2001. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AI598212CM.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2013.
- _____. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639337/SP**. Relator: Ministro Celso de Mello. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87292>>. Acesso em: 23 nov. 2013.
- _____. **Reclamação 2069/DF**. Relator: Ministro Carlos Velloso. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 23 nov. 2013.
- BURGO, Víctor. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 73-92.
- DANIEL, Juliana Maia. Discricionabilidade administrativa em matéria de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 93-124.
- FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 125-150.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- SILVA, José Afonso da. **Comentários à Constituição**. 24. ed. Malheiros, 2005.
- SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 1-32.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEMINÁRIO SOBRE CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 2., 2011, São Paulo. **Anteprojeto de lei que institui processo especial sobre políticas públicas**. Disponível em: <http://tj.sp.gov.br/Shared/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=33859>. Acesso em: 23 nov. 2013.

TUTUNGI JR., Nicola. **Ação civil pública e políticas públicas**: implicações na tensão entre o Estado-Administrador e o Estado-Juiz. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas: mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 213-224.

ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 33-72.

