

O controle judicial de políticas públicas



Giselle de Amaro e França

Juíza Federal. Graduada em Direito pela USP (1994). Mestre em Direito da Seguridade Social pela USP (2010). Doutoranda em Direito da Seguridade Social pela USP (2012).

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O papel do Poder Judiciário nas sociedades contemporâneas. 2.1. A judicialização da política. 2.2. O ativismo judicial. 2.3. As políticas públicas. 3. O Poder Judiciário na Constituição Federal de 1988. 3.1. As ações constitucionais e suas implicações. 4. O controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. 4.1. Alguns parâmetros da intervenção judicial – ADPF 45-9/DF. 4.2. Reflexos orçamentários das decisões judiciais. 4.3. Medidas cabíveis em caso de não cumprimento das decisões judiciais. 4.4. A execução da decisão e a flexibilidade do órgão judicial. 5. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução.

No Brasil dos dias de hoje, é difícil pensar em alguma questão de forte repercussão (social, política ou econômica) que não seja discutida pelo Poder Judiciário.

Quer nos casos em que o Poder Legislativo edite uma lei disciplinando a matéria ou que o Executivo a regule, quer nos casos em que tais atos normativos deveriam ter sido formulados e não o foram, é certo que o Judiciário se transformou numa nova arena de debate das mais diversas questões. Na primeira hipótese, ele é instado a corrigir eventual ilegalidade ou inconstitucionalidade do ato normativo impugnado; na outra, ele é

chamado a normatizar o tema, ao menos até que o órgão competente o faça.

Inúmeras discussões têm pautado o debate acerca da atuação judicial, desde aquelas voltadas à legitimidade do órgão até as centradas nos limites da intervenção. O ponto central, em qualquer delas, é sempre o princípio da separação de poderes.

O objeto do presente trabalho é traçar um breve panorama acerca do controle judicial de políticas públicas no cenário brasileiro, especialmente sobre os poderes do juiz e sobre a suficiência da legislação já existente.

No capítulo 2, será abordado o papel do Poder Judiciário nas sociedades contemporâ-

neas, com enfoque nos temas da judicialização da política e do ativismo judicial, usualmente invocados quando se discute a legitimidade da atuação jurisdicional no controle de políticas públicas.

No capítulo 3, será estudado o controle de constitucionalidade, à luz da Constituição Federal de 1988, sendo especificadas as principais características das ações constitucionais e a margem de atuação do órgão jurisdicional em cada uma delas.

Por fim, no capítulo 4, será analisado o controle judicial das políticas públicas, desde a questão da legitimidade até a discussão sobre os limites da intervenção judicial.

A partir de tal quadro, serão levantadas algumas questões acerca da suficiência da legislação já existente e sobre a necessidade da edição de nova disciplina normativa, já se adiantando, desde logo, que o atual estágio de discussão não nos permite nada mais que trazer à tona o debate.

2. O papel do Poder Judiciário nas sociedades contemporâneas.

Como dito nas linhas introdutórias, ao menos no Brasil têm se multiplicado os debates levados ao Poder Judiciário em questões das mais diversas naturezas.

Não se trata, contudo, de fenômeno local. Inúmeros exemplos, ocorridos mundo afora, dão conta da crescente participação do Judiciário nas discussões relevantes, como narra o Professor Luís Roberto Barroso:

(...) No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de *Bush v. Gore*. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por *impeachment*.¹

Este novo papel exercido pelo Judiciário tem levado doutrina e jurisprudência a discutir, com mais profundidade, os limites do controle judicial de políticas públicas, buscando estabelecer alguns parâmetros aptos a nortear a intervenção judicial.

¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista da EMARF*, Cadernos Temáticos, Justiça Constitucional no Brasil: Política e Direito, Rio de Janeiro, dez. 2010, p. 389-390.



Desde logo, devem ser elucidados três conceitos fundamentais e distintos que circunscrevem o debate: (i) a judicialização da política, (ii) o ativismo judicial e (iii) as políticas públicas.

2.1. A judicialização da política.

A judicialização da política não significa, necessariamente, a intervenção do Judiciário em políticas públicas, já que nem sempre as questões debatidas estão inseridas no bojo de políticas públicas. Indica, sim, que um número maior de temas, antes excluídos da revisão judicial, passou a ser objeto de contestação perante o Judiciário. Necessário distinguir, então, em que hipóteses as políticas públicas estão *sub judice*. De acordo com o Professor Luís Roberto Barroso:

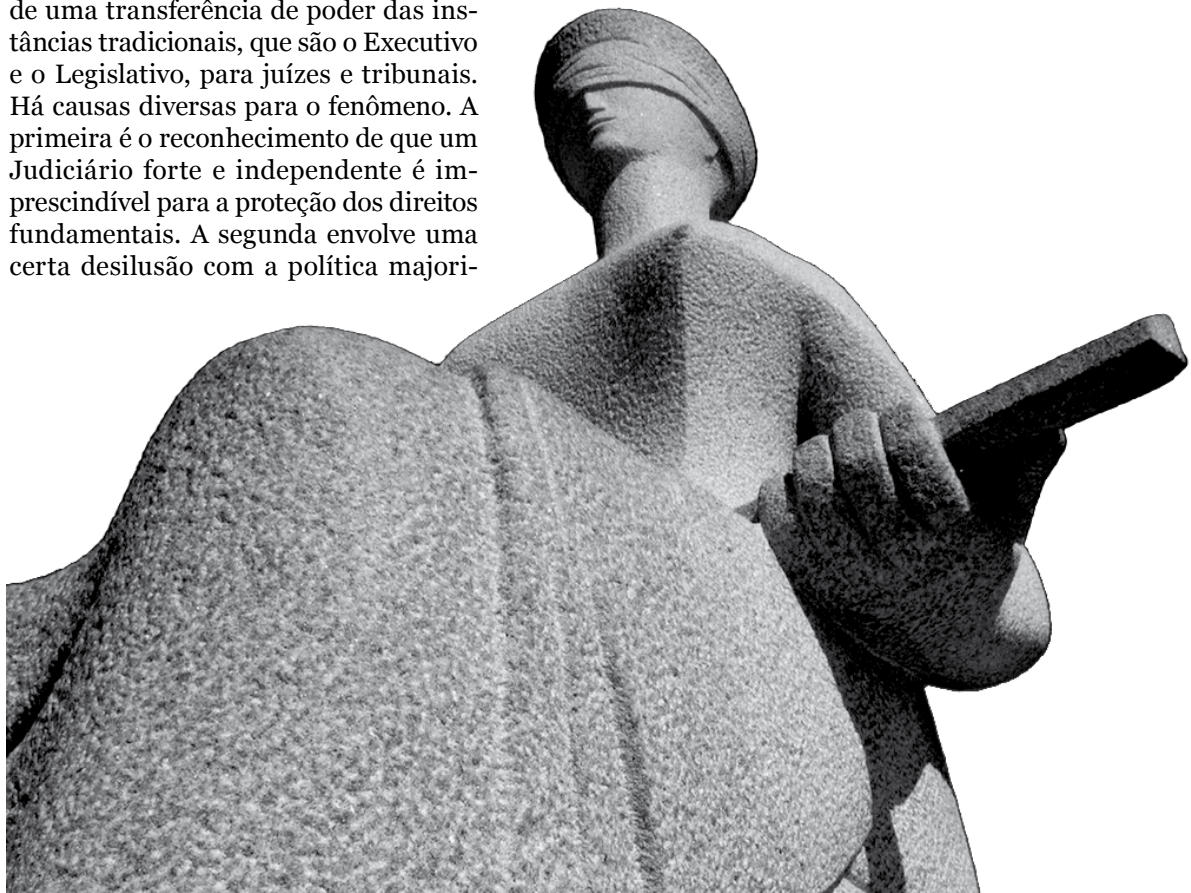
A ascensão do Judiciário deu lugar a uma crescente judicialização da vida e alguns momentos de ativismo judicial. Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas pelo Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder das instâncias tradicionais, que são o Executivo e o Legislativo, para juízes e tribunais. Há causas diversas para o fenômeno. A primeira é o reconhecimento de que um Judiciário forte e independente é imprescindível para a proteção dos direitos fundamentais. A segunda envolve uma certa desilusão com a política majori-

tária. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, para evitar o desgaste, preferem que o Judiciário decida questões controvertidas, como aborto e direitos dos homossexuais. No Brasil, o fenômeno assume uma proporção maior em razão de a Constituição cuidar de uma impressionante quantidade de temas. Incluir uma matéria na Constituição significa, de certa forma, retirá-la da política e trazê-la para o Direito, permitindo a judicialização. A esse contexto ainda se soma o número elevado de pessoas e entidades que podem propor ações diretas perante o STF.²

2.2. O ativismo judicial.

Neste cenário, não raro se qualifica o juiz que pratica atos originariamente atribuídos a outros Poderes como ativista. Ativismo visto

² BARROSO, Luís Roberto. A ascensão política das Supremas Cortes e do Judiciário. In: *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-06/luis-roberto-barroso-ascensao-politica-supremas-cortes-judiciario>. Acesso em: 08/06/2012.



como distorção. É a corrente defendida, entre outros, pelo Professor Elival da Silva Ramos, para quem:

(...) por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controversias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.³

De outro lado, há corrente doutrinária que entende o ativismo como característica do órgão judicial, extraída do próprio texto constitucional. Neste sentido se posiciona o já citado Professor Luís Roberto Barroso:

(...) a idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. A postura ativista manifesta-se por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁴

Ao buscarmos a origem histórica do ativismo, veremos que a expressão foi inicialmente utilizada em contraposição ao termo *self restraint*,

(...) ambos servindo para caracterizar as posições da Suprema Corte quanto a temas controvertidos e impregnados, pela sua polêmica, de forte conotação política, por afetar a postura adotada pelos Poderes Executivo e Legislativo em relação aos cidadãos.⁵

Segundo consta, o termo “ativismo judicial” foi pela primeira vez empregado no ano de 1947, em um artigo jornalístico escrito por Arthur Schlesinger Junior, para a revista *Fortune*, intitulado “The Supreme Court: 1947”.⁶ A matéria tinha por objeto analisar os julgamentos da Suprema Corte em relação às políticas públicas implementadas pelo Presidente Roosevelt, na época do *New Deal*. Segundo Saul Tourinho Leal:

O jornalista expõe que havia na Corte duas correntes. Hugo Black, William Douglas, Wiley Rutledge e Frank Murphy estavam num extremo. Felix Frankfurter, Robert H. Jackson e Harold Burton ocupavam o polo oposto. Stanley Reed e o *Chief Justice*, Fred Vinson, ficavam numa posição intermediária, quase que “uma coluna do meio”.

Por trás dessa divisão estava a forma pela qual os juízes costumavam decidir as causas levadas a julgamento.

A ala Black praticava o ativismo judicial. A ala Frankfurter, a autocontenção judicial. Vinson ficava com o meio-termo. A decisão prolatada por juízes ativistas ficava atrelada a resultados, enquanto a de autoria de juízes optantes pela autocontenção ficava com limitações processuais.

3 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

4 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista da EMARF*, Cadernos Temáticos, Justiça Constitucional no Brasil: Política e Direito, Rio de Janeiro, dez. 2010, p. 394.

5 LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 24.

6 *Ibidem*, p. 24.

Enquanto a ala Black via o Tribunal como um instrumento para alcançar a justiça social, especialmente para desprotegidos na sociedade, Frankfurter atuava para permitir que o Poder Legislativo elaborasse políticas voltadas para essas questões por meio das maiorias. Se pensarmos bem, o que temos é uma divisão muito singela. Um grupo é substancialista; o outro, procedimentalista. (...) A descoberta que um jornalista fizera em 1947 persiste até hoje e ganha relevo no Brasil, mais de sessenta anos depois. A repercussão do artigo foi imensa. Os *Justices* prometeram processar o jovem e ousado jornalista. Por um lado, uma ala do tribunal fora intitulada de ativista. Por outro, integrantes eram caracterizados como praticantes de um *self restraint*. Os magistrados estavam, para toda a sociedade, rotulados. Daí em diante, o termo pegou. A expressão tribunal ativista ou tribunal de autocontenção se tornou popular.⁷

Por aí se vê que o termo ativismo judicial não comporta uma única interpretação e várias são as repercussões a depender do conceito adotado.

O que nos parece claro, desde logo, é que se mostra equívoca a percepção comum de que o ativismo é necessariamente uma distorção da atribuição típica do Poder Judiciário.

Ao contrário.

No contexto histórico em que a expressão foi inicialmente utilizada (Estados Unidos, década de 40), verificamos que ela não foi cunhada para designar uma distorção, mas sim uma característica específica dos órgãos julgadores no exercício de suas funções, especialmente a de proceder uma leitura substancialista do texto constitucional, visando a efetiva implementação dos objetivos ali estabelecidos.

2.3. As políticas públicas.

Por fim, e não menos simples, é preciso fixar o conceito de políticas públicas.

Cada vez mais a doutrina tem se debruçado sobre o tema, tanto elaborando conceitos centrados na abordagem jurídica como voltados à ciência política. Em face da interdisciplinaridade que envolve a matéria, outro não poderia ser o cenário e por tal razão não se pretende aqui esgotar a discussão, apenas e tão-somente delimitar o objeto do presente estudo.

Para tanto, dois serão os conceitos utilizados, o primeiro deles por englobar todo o procedimento envolvido na formulação e implementação da política pública, voltado à realização do objetivo socialmente relevante e politicamente determinado; o segundo por tornar expressa a responsabilidade dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário na sua implementação.

Segundo a Professora Maria Paula Dallari Bucci, políticas públicas são:

(...) o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.⁸

⁷ *Ibidem*, p. 32.

⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

A participação dos órgãos estatais, os consagrados Poderes da República, é destacada nas lições de Osvaldo Canela Junior, para quem, política estatal:

(...) é o conjunto de atividades do Estado tendentes à consecução de seus fins. Ajusta-se ao conceito de *standard*, ou meta a ser atingida. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos administrativos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) tendentes à realização dos fins primordiais do Estado.⁹

3. O Poder Judiciário na Constituição Federal de 1988.

O Brasil adota o modelo da *judicial review*, inspirado no controle de constitucionalidade norte-americano, outorgando ao Poder Judiciário a missão de interpretar o texto constitucional.

Constam da própria Constituição vários instrumentos processuais a serem utilizados para provocação do órgão judicial, sem prejuízo daqueles estabelecidos na legislação infraconstitucional.

Nosso sistema jurídico contempla o controle misto de constitucionalidade, possibilitando que as questões constitucionais sejam discutidas via difusa ou concentrada. Em ambos os casos, a competência final *para dizer o que diz a Constituição* é sempre do Supremo Tribunal Federal, o que mudam são os caminhos a percorrer.

O controle difuso, também denominado de incidental ou concreto, é suscitado por via de exceção, no curso de uma ação, perante qualquer órgão jurisdicional. Os efeitos da decisão são, em regra, *ex tunc* e *inter partes*, não atingindo terceiros. Excepcionalmente, a



declaração de inconstitucionalidade no caso concreto tem efeitos *erga omnes*, mediante edição de resolução, pelo Senado Federal, na forma do artigo 52, X, da Constituição Federal.

O controle concentrado ou abstrato é exercido por via de ação direta (ação direta de inconstitucionalidade genérica, ação direta de inconstitucionalidade interventiva, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental), perante o Supremo Tribunal Federal.

3.1. As ações constitucionais e suas implicações.

A própria Constituição Federal estabeleceu um rol de ações cabíveis para a discussão das questões constitucionais, tanto para impugnação de atos supostamente inconstitucionais, como para impugnação de omissões relativas a matérias também constitucionais.

9 CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 88.

O intuito deste capítulo não é esmiuçar o conteúdo de todas as ações constitucionais, mas sim demonstrar a extensão da resposta judicial, especialmente nos casos em que há omissão dos demais poderes na edição do ato normativo de sua competência.

3.1.1. Mandado de injunção.

O mandado de injunção é uma garantia fundamental, introduzida na ordem jurídica brasileira pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LXXI).¹⁰

O instituto foi interpretado de forma bastante tímida pelo Supremo Tribunal Federal, prevalecendo inicialmente o entendimento de que o único efeito extraído de tal ato era a constituição do órgão competente em mora.

Posteriormente, a Corte Suprema entendeu por bem fixar prazo para a edição do ato normativo, sob pena de permitir ao interessado o pleno gozo de seu direito (MI 232-1/RJ), ou sob pena de possibilitar a responsabilidade civil do órgão público por perdas e danos (MI 283-5/DF e MI 284-3/DF).

A partir de 2007, houve uma significativa guinada na postura do Supremo, que passou a editar o ato normativo com validade para o caso concreto, substituindo-se ao legislador (MI 721-7/DF, MI 670-9/ES, MI 708-0/DF e MI 712-8/PA), ao menos até a regulamentação da questão pelo órgão competente.

3.1.2. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão ganhou previsão expressa, como também foram estabelecidos os efeitos da decisão nela proferida.¹¹

Quanto aos efeitos da decisão, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se posicionado no sentido de reconhecer a omissão, mas sem fixar prazo para a edição do ato pelo Legislativo (ADI MC 1458-7/DF). Em outros casos (como na ADI 3682-3/MT), embora a Corte Suprema fixe prazo para a edição do ato legislativo, não estabelece qualquer penalidade em caso de não cumprimento.

Em face da expressa previsão constitucional dos limites da decisão judicial nos casos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pouco interesse esse instrumento tem suscitado na comunidade jurídica.

3.1.3. Ação de descumprimento de preceito fundamental – ADPF.

O objeto da ADPF é evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

A grande dificuldade que tem se colocado aos operadores do direito é a definição de preceito fundamental. No julgamento da ADPF 1-7/RJ, o Relator Ministro Néri da Silveira assim se pronunciou:

(...) tudo o que diga respeito a essas questões vitais para o regime pode ser tido como preceitos fundamentais. Além disso, admita-se: os princípios do Estado democrático, vale dizer, soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho, livre iniciativa, pluralismo político; os direitos fundamentais individuais e coletivos; os direitos sociais; os direitos políticos, a prevalência das normas relativas à organização político-administrativa.

10 Artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

11 Nos termos do artigo 103, § 2º, da Constituição Federal: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providên-

cias necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.



O que se tem observado, nos últimos tempos, é que as questões mais relevantes da agenda política brasileira têm sido discutidas – e decididas – em sede de ADPF.

Ressalte-se, a propósito, que em matéria de políticas públicas, foi no julgamento da ADPF 45-9/DF que a Corte Suprema, por decisão monocrática de seu Relator, o Ministro Celso de Mello, teceu importantes considerações acerca do controle judicial de políticas públicas, tocando em pontos fundamentais, como o mínimo existencial e a reserva do possível. Confira-se a ementa do julgado:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS

INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (STF, ADPF 45-9/DF, Relator Ministro Celso de Mello, j. 29/04/2004, DJ 04/05/2004, p. 00012)

Também merece destaque a decisão proferida na ADPF 54-8/DF, em que se discutiu a possibilidade de interrupção da gravidez em caso de feto anencéfalo. A ação demorou mais de oito anos para ser julgada em seu mérito, mas desde logo, por maioria de votos, os Ministros do Supremo afastaram a questão de ordem suscitada e reconheceram a possibilidade de o tema ser discutido em sede de ADPF, *verbis*:

Observe-se a importância dos processos objetivos. Neles, o Supremo Tribunal Federal tem oportunidade de enfrentar de imediato questões de repercussão maior, que interessam à sociedade como um grande todo. Em vez de se aguardar demorada tramitação processual para se obter, no julgamento do recurso extraordinário, passados cerca de cinco anos – tempo médio – da propositura da ação, a palavra final da Corte que está no ápice do Poder Judiciário, atua o Supremo de pronto e o faz em prol da unidade do próprio Direito, no que aplicável, de forma linear, no território nacional. Mediante o processo objetivo ensejador do controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo exerce, na plenitude, a atribuição que lhe é precípua, isto é, de guardar a Constituição Federal, e, com isso, afasta a desinteligência de julgados, decisões que, em última análise, implicam a interpretação do ordenamento jurídico com base na formação técnica e humanística dos integrantes do órgão que atue, fenômeno

que ocorre a partir de ato de vontade. Daí a conveniência de não ficar a Corte a reboque, a pronunciar-se processo a processo, de modo irracional, visando à prevalência do direito posto, especialmente do direito constitucional. Passo a passo, o Constituinte alargou o âmbito de atuação do Tribunal em tal campo, começando com a representação interventiva, e hoje, conta-se não só com a ação direta de inconstitucionalidade nas duas modalidades, englobado o vício da omissão, a declaratória de constitucionalidade, mas também com a mais nova irmã dessas ações, a arguição de descumprimento de preceito fundamental. A instrumentalidade está ao alcance do Tribunal, cumprindo dar concretude ao que previsto na Carta da República. Dessa maneira, aciona-se sadia política judiciária, eliminando-se as perplexidades decorrentes de julgamentos díspares, ainda que idênticos os fatos e o arcabouço normativo.

(STF, ADPF QO 54-8/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 27/04/2005, DJ 31/08/2007)

Os argumentos invocados no voto vencedor da questão de ordem são absolutamente coerentes com a nova postura assumida pela mais alta Corte de Justiça, demonstrando o quanto o Judiciário não tem se furtado a debater e resolver as mais controvertidas e polêmicas questões que têm pautado a sociedade brasileira, apesar das omissões dos poderes originariamente competentes para discipliná-las. No entanto, quais os limites de tal atuação?

É sempre possível justificar a edição de ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo quando expressamente demonstrado que a inércia do Poder competente é proposital?

No julgamento do mérito da ADPF 54-8/DF, o Ministro Ricardo Lewandowski, em voto vencido, alertou para a existência de inúmeros projetos de lei, em trâmite no Con-

gresso Nacional, alterando o Código Penal e estabelecendo novas hipóteses de exclusão da ilicitude em caso de aborto, ainda pendentes de apreciação pelos ilustres legisladores, em razão da complexidade e da repercussão social da questão.

Fica em aberto a dúvida posta por sua Excelência. Cabe ao Judiciário ou ao Legislativo fixar tais critérios?

4. O controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites.

Vimos, até aqui, que a Constituição Federal não só atribuiu ao Poder Judiciário a competência para interpretar o ordenamento jurídico, como também estabeleceu uma série de mecanismos aptos a provocarem a manifestação do órgão judicial.

A adoção do modelo de *judicial review* não é suficiente, por si só, para assegurar que todas as questões relevantes sejam analisadas pelo Poder Judiciário.

Dois importantes fatores também devem estar presentes. De um lado, é preciso que a coletividade (nela incluídos os demais atores políticos) reconheça no órgão judicial uma arena para o debate; de outro lado, é necessário que o próprio Poder Judiciário ocupe o espaço político que lhe foi reservado.

Conforme já afirmamos em outro texto,¹² o Judiciário é um dos locais utilizados pelos grupos de interesse para contestar as políticas públicas (*venue-seeking*), ao lado das agências reguladoras e das burocracias específicas. Segundo Matthew Taylor, “o conceito de *venue-seeking* sugere que os atores políticos procuram as instâncias institucionais que mais lhe convêm”, a depender da matéria em discussão e do equilíbrio de forças existentes naquele momento específico. Em seu estudo, o autor demonstra o quanto o Judiciário tem

12 FRANÇA, Giselle de Amaro e. *O Poder Judiciário e as políticas públicas previdenciárias*. São Paulo: LTr, 2011, p. 91-92.

sido instado a participar das discussões importantes para o País, *verbis*:

Em termos comparados, a atuação do Judiciário brasileiro é significativa. Nos 15 anos entre 1988 e 2002, o STF – somente através do instrumento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – Adin – concedeu decisões liminares ou de mérito invalidando parcialmente mais de 200 leis federais. Em comparação, entre 1994 e 2002, a Suprema Corte mexicana julgou a constitucionalidade de um pouco mais de 600 leis naquele país usando dois instrumentos parecidos com a Adin, mas invalidou somente 21 leis federais; em toda sua história, a Suprema Corte americana invalidou em torno de 135 leis federais apenas. Mesmo no governo de Fernando Henrique Cardoso – um presidente apoiado (pelo menos inicialmente) por uma ampla coalizão reformista –, o Judiciário federal como um todo foi convocado por atores externos para julgar todas as principais políticas públicas adotadas pelo Executivo e seus aliados no Congresso. O governo Fernando Henrique barganhou duramente para produzir maiorias legislativas que o permitissem superar as rígidas regras para a aprovação de emendas constitucionais ou leis complementares no Senado e na Câmara. Mas ao final desse imenso esforço político, a contestação judicial da

reforma foi um acontecimento crônico, usado recorrentemente por grupos deixados de fora das negociações entre membros do *parliamentary agenda cartel*. As mais significativas e reais ameaças às reformas surgiram no Judiciário e não no Legislativo: das 10 principais iniciativas políticas aprovadas durante o governo Fernando Henrique, todas foram contestadas de alguma forma pelo Judiciário, e sete das 10 foram alteradas ou atrasadas de alguma maneira no STF. Em outras palavras, nem toda proposta do governo foi contestada judicialmente, mas as mais importantes e contenciosas certamente o foram, e com algum sucesso.¹³

Neste sentido, ainda, observam Arantes e Kerche que:

(...) nos últimos dez anos, praticamente todas as intervenções econômicas de maior impacto do governo provocaram ações na Justiça. O hibridismo de nosso sistema, entretanto, acarretou decisões judiciais demoradas e muitas vezes contraditórias. Questões como novos impostos, bloqueio de recursos em contas bancárias, mensalidades escolares, reajustes salariais, privatização das empresas estatais, entre outras tantas, ensejaram longas batalhas judiciais, fundadas em interpretações conflitantes da Constituição. De um lado, isso foi tomado como indicador do grau de liberalização do novo regime; de outro, o *modus operandi* do controle constitucional implicou custos para a governabilidade, notadamente a insegurança jurídica decorrente da descentralização das decisões judiciais e da falta de vinculação entre elas. Para se ter uma ideia, dos processos relativos a recursos extraordinários e agravos de instrumento entre 1991 e 1996, no STF, nada menos do que 84% foram repetições de casos já julgados pelo tribunal, ou seja, não



13 TAYLOR, Matthew M.. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007, p. 234, 236-237.

teriam percorrido toda a estrutura judiciária até o Supremo se suas decisões tivessem efeito vinculante.¹⁴

A Professora Maria Tereza Sadek ressalta que o cenário brasileiro (sistema presidencialista, amplo rol de direitos constitucionalizados e mudanças no interior da própria magistratura) criou as condições potenciais para que o Poder Judiciário se afirmasse como Poder. Assegura a autora que:

(...) modelos institucionais e cartas de direitos fornecem parâmetros. Trata-se de potencialidades que podem ou não se concretizar. São indicadores que delineiam possibilidades; são qualidades com condições de se desenvolverem tanto no sentido da expansão como, inversamente, da retração. Essas determinações moldam papéis e sustentam expectativas.¹⁵

Tal potencialidade efetivamente se concretizou no país, de forma que atualmente o juiz é um verdadeiro “ator político de expressão”, chamado a participar em todas as questões de interesse público. De acordo com Sadek:

(...) os agentes políticos encontraram no Judiciário um novo interlocutor e uma nova arena tanto para seus confrontos quanto para contestar políticas governamentais e decisões de maiorias legislativas. O cidadão, por sua vez, passou a ter na instituição um espaço para a solução de disputas e para a garantia dos mais variados direitos.¹⁶

4.1. Alguns parâmetros da intervenção judicial – ADPF 45-9/DF.

No julgamento da ADPF 45-9/DF, foram estabelecidas duas premissas essenciais a legitimar a intervenção judicial nas políticas públicas: (i) reconhecimento da responsabilidade do Poder Judiciário na efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais; (ii) ocorrência de omissão total ou parcial, por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, no exercício de suas atribuições constitucionais de implementar as políticas públicas necessárias à concretização dos direitos fundamentais.

Visando sistematizar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a Professora Ada Pellegrini Grinover condiciona a intervenção judicial à comprovação, no caso concreto, dos seguintes requisitos:¹⁷

(i) A garantia do mínimo existencial;

(ii) A razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público;

(iii) A existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas, a denominada “reserva do possível”.

É certo que um passo além foi dado pela doutrina e jurisprudência a partir do julgamento da ADPF 45-9/DF; contudo, é incontestável que ainda estamos caminhando em areia movediça, dada à imprecisão conceitual de termos como “mínimo existencial” e “reserva do possível”.

Não obstante, buscaremos apresentar as principais situações em que o Judiciário é instado a se manifestar em matéria de políticas públicas e demonstrar como a utilização dos parâmetros acima indicados pode auxiliar a análise da legitimidade da intervenção judicial.

14 ARANTES, Rogério Bastos; KERCHÉ, Fábio. Judiciário e democracia no Brasil. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 54, jul. 1999, p. 39.

15 SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 10.

16 *Ibidem*, p. 16-17.

17 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: *O processo – estudos & pareceres*. São Paulo: DPJ, 2009, p. 42.

a) Política pública já existente.

Neste caso, o Judiciário é instado a corrigir eventual ilegalidade ou inconstitucionalidade de um lado, ou ratificar a sua regularidade, do outro.

Em regra, não se discute aqui a legitimidade do Poder Judiciário em relação à formulação da política pública, mas sim os limites de sua atuação. Ou seja, constatada a irregularidade de uma política pública, que tipo de correção pode o juiz fazer sem violar a discricionariedade administrativa?

De acordo com Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera:

(...) a inconstitucionalidade da política pública adotada deve ser aberrante, a fim de que seja, então, afastada, sob risco de ingerência de poderes. Não compete, assim, ao Judiciário escolher qual a política pública, dentre duas hipóteses igualmente constitucionais, seja melhor. É dizer, a inconstitucionalidade da política adotada deve ser grotesca e clara.¹⁸

Alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal demonstram que nestas situações o princípio da razoabilidade tem sido o vetor adotado, sendo oportuno invocar os ensinamentos da Professora Susana Henriques da Costa sobre o tema:

Embora de natureza extremamente fluida e subjetiva, a ideia de razoabilidade é essencial quando se trata de atuação jurisdicional sobre políticas públicas. É sempre imprescindível que o magistrado, quando da apreciação de ato do administrador público, verifique sua razoabilidade.

de. Não cabe ao Poder Judiciário rever atos razoáveis, que sejam adequados aos princípios e regras vigentes no ordenamento jurídico, ainda que, no caso concreto, conclua o magistrado que, fosse ele o agente público, teria tomado decisão diversa, também razoável. Nesses casos, quando dentre várias possibilidades tenha sido escolhida a política pública apropriada e de acordo com o modelo jurídico vigente, a decisão do administrador deve ser mantida.¹⁹

b) Política pública inexistente, embora prevista no texto constitucional.

O Professor Kazuo Watanabe, ao tratar da justiciabilidade dos direitos fundamentais (requisito para o acolhimento, pelo mérito, da pretensão de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais, ou seja, a efetiva existência do direito fundamental social tutelável jurisdicionalmente), destaca duas circunstâncias aptas a ensejar a intervenção do órgão judicial:

(i) discussão de direito fundamental social integrante do mínimo existencial (núcleo básico do princípio da dignidade humana, assegurado por um extenso elenco de direitos fundamentais sociais): neste caso, o Poder Judiciário pode determinar a imediata implementação do direito, não podendo ser invocada a cláusula da reserva do possível como óbice ao cumprimento da medida;

(ii) discussão de direito fundamental social não integrante do mínimo existencial, mas previsto em norma de densidade suficiente: na hipótese, não obstante cabível a postulação ao Judiciário, é possível a oposição da cláusula da reserva do possível e a efetiva demonstração da impossibilidade fática de adimplemento da obrigação.

18 ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. O controle judicial das políticas públicas por meio do mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Contornos e perspectivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 439.

19 COSTA, Susana Henriques da. O Poder Judiciário no controle de políticas públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 462.

4.2. Reflexos orçamentários das decisões judiciais.

O critério oferecido pelo Professor Kazuo Watanabe torna possível, de um lado, a efetiva implementação do direito fundamental relativo ao mínimo existencial, quando postulado ao Poder Judiciário; de outro lado, permite que, nos demais casos (direitos não relativos ao mínimo existencial), os órgãos competentes para a edição e execução da política pública demonstrem a impossibilidade fática de seu cumprimento, argumento conhecido como “reserva do possível”.

Para alguns, não existe qualquer hierarquia entre os direitos fundamentais, todos eles têm aplicabilidade imediata e são judicializáveis, cabendo ao Judiciário suprir eventual omissão dos demais Poderes, de forma a assegurar a concretização dos comandos constitucionais. Portanto, se os órgãos competentes para a edição de políticas públicas o fazem voluntariamente, ao Judiciário compete apenas verificar sua adequação e proceder à sua correção, caso necessário. No entanto, a falta de regulamentação do direito fundamental constitucionalmente consagrado não impede o seu exercício pelo titular, mediante provocação do órgão judicial. De acordo com o Professor Kazuo, trata-se da linha dogmática constitucional “transformadora e emancipatória”, representada no Brasil, entre outros por Dirley Cunha Júnior.²⁰

A decisão judicial que assegura o exercício de um direito fundamental, através da implementação da política pública necessária mas não prevista originalmente na lei orçamentária, é denominada pela doutrina pátria como “sentença aditiva”.

Segundo Fernando Facury Scaff, sentença aditiva é:



(...) aquela que implica aumento de custos para o Erário, obrigando-o ao reconhecimento de um direito social não previsto originalmente no orçamento do Poder Público demandado.²¹

A teoria do custo dos direitos ganhou dimensão após a publicação da obra “The cost of rights”, de Stephen Holmes e Cass Sunstein, em 1999. A ideia central defendida pelos autores americanos é a de que “nada que custe dinheiro pode ser absoluto”²², vale dizer, os direitos fundamentais (individuais e sociais) só existem se houver disponibilidade econômica que permita a sua efetivação. Se não, são meras palavras vazias. A limitação orçamentária é parte integrante do direito fundamental, donde se conclui que a inexistência de recursos não permite o reconhecimento da existência do

20 WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 216.

21 SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 51, jun. 2007, p. 79.

22 OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 187.

direito. Desta forma, os direitos enunciados no texto constitucional são condicionais.²³

Como bem ressalta Ana Carolina Lopes Olsen, esta doutrina torna legítima a prevalência da dimensão econômica sobre a dimensão jurídica, na medida em que:

(...) a escassez de recursos deixa de ser um elemento externo dos direitos, que pode comprometer sua efetividade, para ser considerada como elemento intrínseco. A questão econômica foi trazida para o próprio âmago dos direitos – sem recursos eles deixam de existir.²⁴

Ao buscarmos a origem da expressão reserva do possível, verificamos que o alcance dado pela doutrina pátria não guarda consonância com o sentido originário.

A discussão foi inicialmente travada no ano de 1970, na Alemanha. O objeto da lide era a obrigação do Estado em fornecer vagas de ensino superior a dois cidadãos interessados em realizar o curso de Medicina. As regras legais estaduais restringiam o acesso, razão pela qual o caso ficou conhecido como *numerus clausus*.

O Tribunal considerou constitucional a restrição, sob a alegação de que o Estado já havia fixado um número razoável de vagas no ensino superior, não sendo obrigado pela norma constitucional a acolher todos os estudantes que pretendessem cursar a universidade. Não se discutiu ali, especificamente, a escassez de recursos, pois o que estava em debate era se as vagas oferecidas atendiam a um critério razoável. Se havia razoabilidade na escolha, desarrazoável seria retirar verbas de outros programas sociais, também amparados pela ordem jurídica, para atender unicamente

aos gastos com educação, já suficientemente destinados.

Por aí se vê que o *leading case*, usualmente invocado em estudos doutrinários e decisões judiciais, diz respeito mais à aplicação da razoabilidade na eleição das escolhas do que à disponibilidade de recursos. Não obstante, a reserva do possível foi traduzida e incorporada pela doutrina pátria unicamente como a relação entre a disponibilidade de recursos e o custo dos direitos, em outros termos como a reserva do financeiramente possível.²⁵

Segundo Olsen:

(...) a reserva do possível é uma condição de realidade que determina a submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes. Todavia, não se trata de simplesmente afirmar que os direitos fundamentais existem no mundo jurídico, mas só encontrarão efetividade quando houver recursos suficientes em caixa, disponíveis pelos poderes públicos, para realizar as prestações neles previstas. A questão não é tão simples. Ainda que não se possa exigir o logicamente impossível, quando se busca a efetivação de um direito fundamental prestacional é preciso ter em mente qual a responsabilidade dos órgãos públicos para com a sua efetivação. A Constituição, ao alçar determinados direitos à condição de direitos fundamentais, e determinar expressamente a alocação de recursos para sua realização, admite o argumento da reserva do possível como exceção, e não como regra. Os direitos não existem porque há recursos disponíveis. Sua mera existência determina, por si só, a alocação dos recursos necessários à sua realização. Ainda que não se possa perder a dimensão da realidade, é válido ter em consideração que os direitos fundamentais sociais

23 FRANÇA, Giselle de Amaro e. *O Poder Judiciário e as políticas públicas previdenciárias*. São Paulo: LTr, 2011, p. 124.

24 OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 187.

25 FRANÇA, Giselle de Amaro e. *O Poder Judiciário e as políticas públicas previdenciárias*. São Paulo: LTr, 2011, p. 125.

primeiramente existem, foram reconhecidos como tais, e por essa razão devem ser concretizados, de modo que impõem a alocação dos recursos necessários a esta concretização.²⁶

A invocação deste postulado só é possível quando: (i) a pretensão formulada encontrar respaldo no ordenamento jurídico; (ii) houver disponibilidade fática e jurídica dos recursos necessários, ou seja, existirem recursos e o órgão público acionado puder deles dispor. O cerne da questão está na alocação dada aos recursos existentes, sabidamente limitados.

Resta claro do julgado que não basta a mera alegação da inexistência de recursos, sendo necessária a sua efetiva comprovação pelo órgão público.

Embora o eminente Ministro Celso de Mello, Relator da ADPF 45-9/DF, não tenha dado pistas de como proceder caso efetivamente comprovada a insuficiência de recursos, mesmo porque a situação *sub judice* não demandou tal esclarecimento, cabe-nos aqui apresentar duas interessantes soluções oferecidas pela doutrina.

Uma vez demonstrada a insuficiência de recursos, a Eminente Professora Ada Pellegrini Grinover sugere ao Poder Judiciário duas providências: (i) determinar ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública e (ii) obrigar a aplicação da verba para o adimplemento da obrigação.²⁷

Oswaldo Canela Junior, por sua vez, recomenda um modelo processual que contempla, na primeira fase, a declaração da violação do direito fundamental e, na segunda fase, o cumprimento da sentença. A cláusula

da reserva do possível apenas tem aplicação na fase de cumprimento da decisão, não alterando o conteúdo do direito fundamental. Segundo o autor:

(...) durante a fase declaratória do direito, portanto, não é dado ao órgão jurisdicional absorver a questão econômico-financeira para paralisar sua atividade. Isto representaria, em comparação com o plano privado, a esdrúxula figura na qual o devedor não seria condenado à reparação do dano, porque não dispõe de patrimônio suficiente para o adimplemento futuro do título executivo judicial.²⁸

Em interessante estudo sobre as decisões proferidas pelos Tribunais superiores, especialmente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, concluiu Luís Fernando Sgarbossa²⁹ que não só a alegação da reserva do possível tem sido considerada nos julgados, como também afastada nas demandas envolvendo direitos fundamentais sociais. Situação inversa é constatada em outros casos, como pedidos de intervenção federal pelo não pagamento de precatórios, em que a reserva do possível tem sido acolhida pelos julgadores.

4.3. Medidas cabíveis em caso de não cumprimento das decisões judiciais.

Em grande parte das vezes, a reserva do possível é o grande óbice apresentado pelos responsáveis para o não cumprimento da medida judicial que determinou a implementação da política pública.

Em outros, no entanto, o descumprimento da decisão não se funda neste argumento; a bem da verdade, nenhuma razão plausível é apresentada ou razões imperti-

26 OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 212.

27 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: *O processo – estudos & pareceres*. São Paulo: DPJ, 2009, p. 48.

28 CANELA JUNIOR, Oswaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 103.

29 SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*: v. 1. Reserva do possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 172.

nentes, de cunho meramente protelatório, são alegadas, cabendo ao juiz tomar as medidas necessárias para a execução da sua ordem.

Desde logo, cumpre ressaltar que, em matéria de política pública, o que se busca é a concessão da tutela específica, não havendo interesse imediato em pedido indenizatório. A legislação processual contempla expressamente tal medida, a teor do que dispõe o artigo 461 do Código de Processo Civil.

Apontam a doutrina e jurisprudência os principais instrumentos de que o juiz pode se valer para o cumprimento da decisão:

a) Aplicação de multa diária.

Não há controvérsia acerca do cabimento da aplicação de multa contra a Fazenda Pública, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, de ofício ou a requerimento da parte.

A questão é que a multa recai, em princípio, sobre o patrimônio público e só posteriormente pode ser cobrada do responsável. Desta forma, a aplicação desta medida só se justifica, de plano, quando cobrada diretamente do próprio administrador público responsável pelo descumprimento.

b) Responsabilização por ato de improbidade administrativa.

Nos termos do artigo 11, II, da Lei nº 8.429/92, constitui ato de improbidade administrativa: “II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício”.

Para configuração do ato:

(...) levam-se em conta o momento marcado para a sua efetivação e a ausência de razões legais para que se levasse a efeito na devida data ou época. Em relação à omissão, simplesmente deixa-se de realizar a incumbência, sem qualquer justificativa plausível.³⁰

De acordo com o inciso III do artigo 12 da Lei nº 8.429/92, o responsável pelo ato está sujeito ao ressarcimento integral do dano, se houver, à perda da função pública, à suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, ao pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

c) Intervenção no Estado ou Município.

O artigo 35, IV, da Constituição Federal possibilita a intervenção do Estado no Município para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

De outro lado, o artigo 34, VI, da Constituição Federal possibilita a intervenção da União nos Estados ou no Distrito Federal para prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou, expressamente, sobre o cabimento da intervenção nessas hipóteses, *verbis*:

O dever de cumprir as ordens emanadas pelo Poder Judiciário, notadamente nos casos em que a condenação judicial tem por destinatário o próprio poder público, muito mais do que simples incumbência de ordem processual, representa uma incontornável obrigação institucional a que não se pode subtrair o aparelho do Estado, sob pena de grave comprometimento dos princípios consagrados no texto da Constituição da República. A desobediência à ordem ou à decisão judicial pode gerar, em nosso sistema jurídico, gravíssimas consequências, quer no plano penal, quer no âmbito político-administrativo (possibilidade de *impeachment*), quer, ainda, na esfera institucional (decretabilidade de intervenção federal nos Estados-membros ou em Municípios situados em Território

30 RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 491.

Federal, ou de intervenção estadual nos Municípios)

(STF, IF QO 590-2/CE, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, j. 17/09/1998, DJ 09/10/1998)

d) Imputação de crimes de responsabilidade e de desobediência.

De acordo com o artigo 1º, XIV, do Decreto-Lei nº 201/67, constitui crime de responsabilidade do prefeito municipal “deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente”.

Para a configuração do crime, é necessária a comprovação do dolo do agente, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, assim ilustrado:

1. O trancamento de ação penal pela via estreita do *habeas corpus*, conforme pacífico magistério jurisprudencial, somente é possível quando, pela mera exposição dos fatos narrados na peça acusatória, verifica-se que há imputação de fato penalmente atípico ou que não existe nenhum elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito imputado ao paciente ou, ainda, quando extinta encontra-se a punibilidade.

2. Inexistente o dolo, elemento subjetivo do tipo penal no art. 1º, inciso XIV, do Decreto-lei 201/67, resulta atípica a conduta imputada ao paciente. (STJ, HC 64.478/MT, Quinta Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. 27/03/2008, DJe 12/05/2008)

Com relação ao crime de desobediência,

o STJ tem afastado a caracterização do delito, quando existir sanção de natureza civil, processual ou administrativa aplicada em razão da omissão, salvo quando a norma admitir expressamente a referida cumulação. Quando fixada multa diária, não cabe denúncia por crime de desobediência:

1. Consoante firme jurisprudência desta Corte, para a configuração do delito de desobediência de ordem judicial é indispensável que inexista a previsão de sanção de natureza civil, processual civil ou administrativa, salvo quando a norma admitir expressamente a referida cumulação.

2. Se a decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança, cujo descumprimento justificou o oferecimento da denúncia, previu multa diária pelo seu descumprimento, não há que se falar em crime, merecendo ser trancada a Ação Penal, por atipicidade da conduta. Precedentes do STJ.

(STJ, HC 92.655/ES, Quinta Turma, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 18/12/2007, DJ 25/02/2008)

Já decidiu o STJ, ainda, que o crime só pode ser praticado por particular contra a Administração Pública, excluindo o Prefeito Municipal como sujeito ativo do crime, vez que revestido da condição de funcionário público (STJ, RHC 7.990/MG, Sexta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, j. 29/10/1998, DJ 30/11/1998).

A nova lei do Mandado de Segurança (art. 26 da Lei nº 12.016/2009) prevê como crime de desobediência o descumprimento da ordem emitida em mandado de segurança.

Considerando as vantagens e desvantagens apontadas, a Professora Ada Pellegrini



Grinover entende como mais adequadas, pela ordem, as sanções de responsabilização por improbidade administrativa; intervenção federal ou estadual no Estado ou Município; imputação de crime de desobediência pelo descumprimento da ordem emitida em mandado de segurança e imputação ao Prefeito Municipal de crime de responsabilidade.³¹

4.4. A execução da decisão e a flexibilidade do órgão judicial.

Como dissemos nas linhas anteriores deste tópico, nos casos envolvendo políticas públicas, muitas vezes as penalidades acima apontadas são insuficientes para resolver as questões envolvidas. O que se procura, ao fim e ao cabo, é a outorga judicial do bem da vida específico postulado. Desta feita, o efetivo cumprimento da decisão exige uma postura flexível, criativa e participativa do juiz, avaliando os resultados e adaptando as medidas cabíveis. Conforme destacam Samuel Meira Brasil Júnior e Juliana Justo Botelho Castello:

(...) tratando-se da implementação de uma política pública complexa – decorrente do expressivo número de possibilidades –, importa, muito mais do que o mero estabelecimento de sanções, a participação criativa e flexível do magistrado na aferição das medidas operacionais adequadas ao cumprimento da decisão judiciária.³²

A ideia nos remonta à pertinência do *contempt of court*, instituto pertencente ao sistema da *common law*, “cujo escopo é instrumentalizar dois objetivos essenciais ao sistema jurídico: a necessidade de observância e efetividade e a autoridade das Cortes de

Justiça”.³³ Qualquer resistência ao cumprimento da decisão judicial sujeita o infrator ao procedimento relativo ao *contempt* e aos seus instrumentos punitivos e coercitivos.

Nos Estados Unidos, conforme doutrina abalizada, juízes e tribunais não se limitam a ditar o decreto condenatório e impor as sanções cabíveis em caso de descumprimento; antes, acompanham *pari passu* todos os atos praticados pelos executores da ordem e ajustam os comandos, sempre que necessário para a obtenção do bem da vida postulado.

Também o Professor Carlos Alberto de Salles alerta para a necessidade de flexibilização da tutela executiva, nos seguintes termos:

A tutela executiva, com o objetivo de produzir aqueles resultados práticos que constituem os objetivos últimos da jurisdição, incumbe viabilizar meios para constatar se o cumprimento da obrigação foi efetivamente realizado, sob pena de a tutela jurisdicional de um dado interesse resumir-se a um procedimento meramente formal. Uma vez determinada uma medida executiva, o juízo, a bem da exata realização dos resultados objetivados, deve promover atividades direcionadas à concreta avaliação do atendimento de suas ordens, mormente nas situações de maior complexidade.³⁴

Há um estudo bastante interessante, realizado pela equipe de pesquisadores da Fundação Getúlio Vargas, “O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público”, publicado na Série Pensando o Direito, em que são analisados três casos envolvendo direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos e que permitem seja pensado o sistema de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público. Interessa-nos, em

31 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: *O processo – estudos & pareceres*. São Paulo: DPJ, 2009.

32 BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira; CASTELLO, Juliana Justo Botelho. O cumprimento coercitivo das decisões judiciais no tocante às políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 476.

33 *Ibidem*, p. 477.

34 SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 298-299.

especial, o caso dos autistas, sobretudo pelas dificuldades ocorridas na fase de execução.

Segundo consta do relato, o Ministério Público do Estado de São Paulo, após receber denúncia de um pai de autista, apurou que o Estado não oferecia tratamento e educação específicos às necessidades de pessoas com autismo. Não obteve êxito na realização de acordo extrajudicial, ajuizando então ação civil pública, julgada procedente em primeiro e segundo graus.

Na fase de execução, os interessados começaram a se habilitar e foi constatada a inexistência de instituições públicas especializadas, não sendo possível cumprir a expressa determinação contida na sentença. Na prática, foi feita a transferência do serviço às instituições particulares. Ao mesmo tempo, o tratamento especializado de autistas passou a ser previsto no SUS e foram firmados convênios com particulares. As escolas também começaram a contar com profissionais especializados, sendo firmados, aqui também, convênios com instituições particulares.

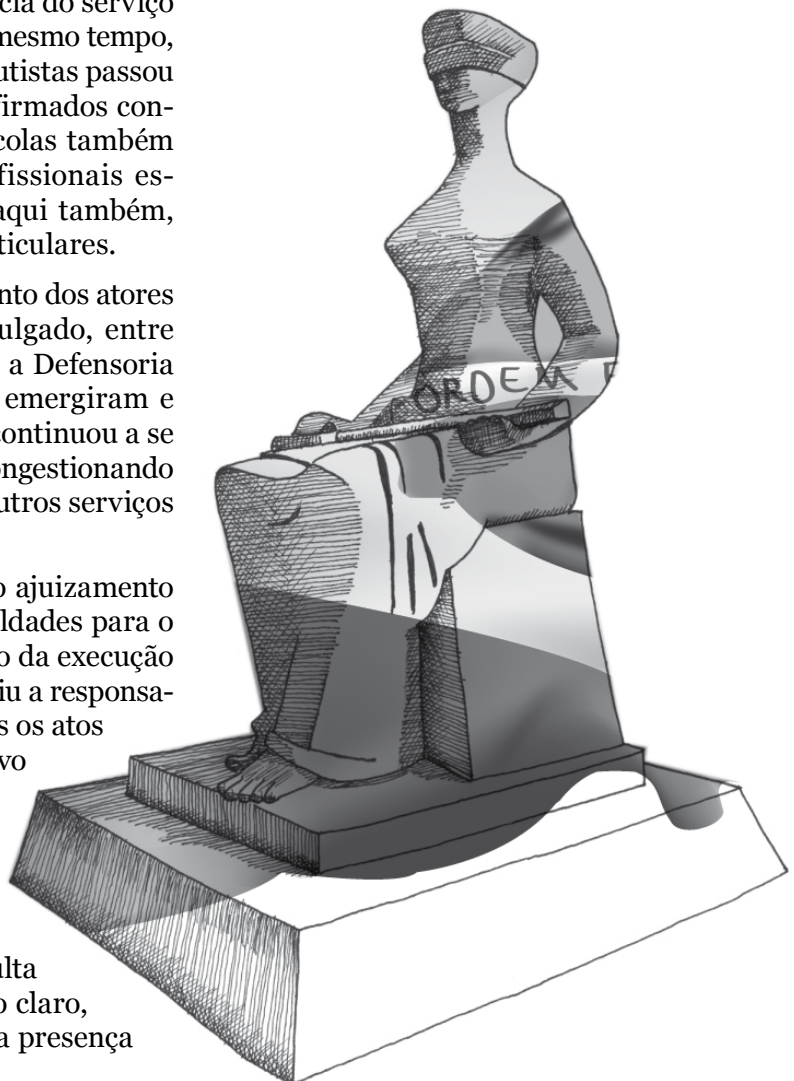
Não obstante o envolvimento dos atores interessados na execução do julgado, entre os quais o Ministério Público e a Defensoria Pública, inúmeras ocorrências emergiram e grande quantidade de pessoas continuou a se habilitar na fase de execução, congestionando a Vara e impossibilitando que outros serviços fossem realizados.

Após oito anos da data do ajuizamento e em razão das múltiplas dificuldades para o cumprimento da decisão, o juízo da execução tomou medida radical e transferiu a responsabilidade pela realização de todos os atos executivos para o Poder Executivo e para o Ministério Público, extinguindo todas as habilitações em curso e impedindo que outras fossem realizadas em cartório. Apenas manteve sob sua alçada a execução de multa diária, quando o caso, deixando claro, no entanto, a desnecessidade da presença

física do interessado no cartório judicial.

A decisão foi cassada pelo Tribunal de Justiça/SP. Embora tenha sido julgada improcedente a exceção de suspeição oposta contra o juiz, por falta de sensibilidade à causa autista, ele foi afastado do caso.

O relato do caso demonstra, com muita propriedade, as dificuldades na execução da implementação de política pública especializada voltada aos autistas, quer em razão da falta de preparo técnico dos atores envolvidos, quer por conta da falta de estrutura administrativa para a realização dos atos determinados.



O exemplo ilustra a importância de acompanhamento, pelo órgão judicial, de todas as etapas da fase executiva, bem como a possibilidade de alteração dos comandos, sempre que outras medidas se mostrarem mais adequadas ao atingimento dos fins pretendidos.

5. Conclusão.

Vimos, ao longo deste trabalho, que o ordenamento jurídico brasileiro contemplou, expressamente, o modelo da *judicial review*, possibilitando ao Poder Judiciário o controle dos atos praticados pelos demais Poderes, sempre que se vislumbrar qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito.

A abrangência das normas constitucionais, por sua vez, possibilitou que as mais diversas questões passassem a ser debatidas na arena judicial, caracterizando o fenômeno que se passou a denominar judicialização da política.

Nesse ambiente, ganhou destaque a figura do juiz que, valendo-se dos instrumentos já previstos na legislação, adota soluções criativas para questões não expressamente previstas, mas também não proibidas. Cuida-se aqui, sem embargo das controvérsias existentes, de outro fenômeno que tem despertado a curiosidade da comunidade jurídica: o ativismo judicial.

Partindo da premissa de que o ativismo não é considerado desbordamento, mas característica do órgão judicial extraída do texto constitucional, vimos de que forma as ações constitucionalmente previstas permitem ao juízo dar novos contornos aos direitos contemplados na Constituição.

Demonstramos, ainda, que nosso sistema jurídico fornece os instrumentos necessários para o controle judicial de políticas públicas, inclusive as medidas cabíveis para o cumprimento da decisão.

Não obstante, as inúmeras dificuldades

constatadas tanto na fase condenatória, como na fase executiva, nos levam a indagar se há ou não necessidade de alteração na legislação processual para que o controle judicial de políticas públicas seja disciplinado de forma específica.

Embora existam instrumentos pontuais, aptos à ampla cognição do juízo e à efetivação do julgado, é certo que a falta de sistematização da matéria possibilita que alguns juízes, por exemplo, se limitem a analisar o caso apenas e tão-somente de acordo com as provas dos autos, não praticando os atos processuais adequados, mesmo que de ofício, para alcançar a solução mais próxima da pretensão e das efetivas possibilidades de seu cumprimento pelos atores envolvidos.

O Professor Fábio Konder Comparato, já no ano de 1997, ao escrever o artigo “Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas”, alertava para a necessidade de regulamentação específica, mediante emenda constitucional disposta sobre a forma processual da demanda, a legitimidade das partes e a competência judiciária.

A jurisprudência pátria, com acerto, demonstrou que o controle judicial de políticas públicas prescinde da edição de legislação específica; admitindo-se que a questão seja apreciada pelo Judiciário em qualquer tipo de ação (individual ou coletiva, de forma direta ou incidental).

Sem prejuízo dos debates que certamente ocorrerão, com a participação de todos os atores envolvidos, o grau de incerteza que até aqui tem se verificado, quer em relação ao papel do juízo (na fase de conhecimento e na fase de execução), quer em relação aos entes responsáveis não só pela prestação das informações necessárias mas também para a efetivação da decisão, inclinamo-nos a defender a regulamentação da matéria, a fim de que as lides envolvendo políticas públicas sejam submetidas ao mesmo procedimento, independentemente do entendimento pessoal do juízo ou do comprometimento dos demais envolvidos.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVES, Wania Campoli; BETTING JÚNIOR, Sílvio Germano. Mandado de Injunção. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (coord.). *Proteção judicial dos direitos fundamentais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 191-202.

ARANTES, Rogério Bastos; KERCHÉ, Fábio. Judiciário e democracia no Brasil. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 54, p. 27-41, jul. 1999.

BARROSO, Luís Roberto. A ascensão política das Supremas Cortes e do Judiciário. In: *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-06/luis-roberto-barroso-ascensao-politica-supremas-cortes-judiciario>. Acesso em: 08/06/2012.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista da EMARF*, Cadernos Temáticos, Justiça Constitucional no Brasil: Política e Direito, Rio de Janeiro, p. 389-406, dez. 2010.

_____. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BERNARDES, Juliano Taveira. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Ações constitucionais*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 525-564.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira; CASTELLO, Juliana Justo Botelho. O cumprimento coercitivo das decisões judiciais no tocante às políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 467-488.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

CAMPOS, Francisco. Orçamento – natureza jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 71, p. 324-371, jan./mar. 1963.

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

CANOTILHO, José Joaquim. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993/reimpr. 1999.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992/reimpr. 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 86, v. 737, p. 11-22, mar. 1997.

CONTI, José Maurício. *A autonomia financeira do Poder Judiciário*. São Paulo: MP, 2006.

COSTA, Susana Henriques da. O Poder Judiciário no controle de políticas públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 451-466.

DAL MOLIN, Carina Gomes; MELO, Maria Verônica Monteiro de; ESPER, Vivian Maria. Os provimentos judiciais para intervenção em políticas públicas: obrigações de fazer e não fazer – tutela antecipada e sentença condenatória. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 387-397.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FRANÇA, Giselle de Amaro e. *O Poder Judiciário e as políticas públicas previdenciárias*. São Paulo: LTr, 2011.

GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (coord.). *O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público*. Série Pensando o Direito n. 38/2011 – versão publicação. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2011.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 125-150.

_____. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: *O processo – estudos & pareceres*. São Paulo: DPJ, 2009, p. 36-57.

HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

LEAL, Rogério Gesta. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e européias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Litisconsórcio necessário e eficácia da sentença na lei de improbidade administrativa. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (org.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 300-329.

MACEDO, Elaine Harzheim. O mandado de injunção como ação constitucional: crônica de uma morte anunciada ou desvelamento de um paradigma? In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (coord.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 715-748.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Mandados de segurança e de injunção: estudos de direito processual-constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 363-385.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de*

segurança e ações constitucionais. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. 2. ed. 10ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIRANDA, Fernanda Barreto. Ações constitucionais relativas ao controle de constitucionalidade repressivo concentrado. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (coord.). *Proteção judicial dos direitos fundamentais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 127-189.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. O controle judicial das políticas públicas por meio do mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Contornos e perspectivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 419-450.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de injunção*. São Paulo: Atlas, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1-32.

SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 51, p. 79-99, jun. 2007.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos: v. 1. Reserva do possível*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo, Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.

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

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 213-224.

