



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA



BRENDA ARAÚJO ROCHA

**O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E O PRINCÍPIO DA
SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Administrativo.

Orientador: Professor Doutor Pedro António Pimenta da Costa Gonçalves

COIMBRA

2018

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a Deus, meu pai e protetor, que sempre me guiou em todas as minhas escolhas, em especial, o início do mestrado na cidade de Coimbra, e a realização do segundo ano na cidade de Munich, sem dúvida, a melhor experiência que já tive.

Em seguida, dedico a minha família amada, minha mãe Mônica, ao meu pai José Antônio e a minha irmã Izadora. Vocês são minha razão de viver, pessoas que tenho amor incondicional, e que foram fundamentais nessa conquista.

Dedico, também, a minha avó Maria Neusa (*in memoriam*) que, apesar de ausente em corpo, tenho certeza que me guiou, por meio de seu espírito, em toda essa trajetória referente ao mestrado e as experiências maravilhosas que o mesmo me proporcionou.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ser meu guia e protetor, e ter sempre papel importante em todas as escolhas da minha vida. A minha família, por terem sido essencial nessa trajetória, e que me apoiou em todas as situações; a Mário Borelli, meu amigo maravilhoso que, mesmo do Brasil, foi muito importante nessa experiência; a todos os meus amigos de Coimbra, em especial: Jéssica, Natália, Olavo, Lucas, Daniel e Julia. Vocês foram muito importantes nessa fase da minha vida, com vocês fui muito feliz; a Universidade de Coimbra e todos os professores que tive o prazer de acompanhar; a Thiago e Marcus, meus amigos maravilhosos e que, por coincidência do destino, também moram na Alemanha (Hamburg) e foram muito especiais em todo os momentos que passamos juntos, sem a ajuda de vocês, a minha ida teria sido muito mais difícil, obrigada por tudo; a todos os meus amigos de Munique, em especial: Jonathan, por ter sido meu primeiro amigo (alemão) na Alemanha e que me ajudou muito no início. Passamos por tantas experiências boas, que sem você minha passagem não teria sido tão incrível; Samuel, irmão do Jonatha, um amigo especial e o melhor cozinheiro de comida alemã do mundo, com certeza; Fabian, por ser um amigo e companheiro tão especial, por ter me ajudado em todas as situações que precisei e que fez essa experiência ter sido perfeita; Adam (meu BuddyFriend), Christian e John, amigos que, de fato, são consequência do destino, vocês foram muito especiais, fui tão feliz em todas os momentos que passamos, Munique não teria sido a mesma sem vocês (e o Oktoberfest também); Valério e Daniele, meus amigos italianos, maravilhosos e muito animados, como todo bom italiano, amei todos os nossos momentos juntos; ao meu amigo Phong (Vietnam) por ter sido uma pessoa tão importante já no final desse período, principalmente nos momentos no Studentenwerk; a todos os meus amigos do meu trabalho (Wombats Hostel Munich), em especial: Angélica, que se tornou uma amiga sensacional, fui mais feliz desde que nos conhecemos; Suzette, Saskia, Nils, Marianna, Simona, Yolanda, Ernesto, Matteo e Uly, vocês foram muito especiais em todo o período que trabalhei no hostel, são pessoas que me proporcionaram apenas bons momentos e que tenho carinho especial, jamais esquecerei dessa experiência; a Alemanha, em especial a cidade de Munique, por ter sido, sem dúvida, a melhor cidade em que já morei; a Ludwig Maximilians Universität München, por ter proporcionado a possibilidade da realização desta dissertação e ser uma excelente universidade; a Brigitte Haustein (coordenadora do programa de mobilidade Erasmus+ na LMU);

E, por fim, ao meu querido professor e orientador Dr. Pedro Costa Gonçalves (Universidade de Coimbra), pelas excelentes aulas ministradas, e pela orientação do presente trabalho.

RESUMO: O trabalho trata sobre a limitação existente em relação à atuação do Poder Judiciário e a execução de políticas públicas pelo Poder Executivo, ou a denominada “Politização do Judiciário”. Existem diversos fatores impeditivos desta conduta, contudo, o fator considerado principal, e que é desenvolvido com mais propriedade nesta dissertação, é o Princípio da Separação dos Poderes. O mesmo é sem dúvida um dos pilares estruturantes do Regime Democrático de Direito e chama a atenção para o fato da existência dos três poderes, das atribuições relacionadas a cada um deles e da importância do respeito aos limites de atuação dos seus titulares, tendo em vista que cada um detém o denominado “núcleo essencial” que seriam matérias de exclusiva análise e exercício, referidas a cada um dos mesmos. Partindo desse pressuposto, e levando em consideração que o momento jurídico atual do Neoconstitucionalismo, onde a Constituição ganha força especial e o judiciário, como principal guardião de suas normas, também se reveste de importância bastante acentuada, faz surgir uma situação de impasse gerada exatamente pelo fato de que o último, na tentativa de garantir o máximo de direitos sociais – direitos estes fortemente presentes na Constituição - acaba por invadir o espaço exclusivo de atuação do Poder Executivo, tendo em vista que o mesmo é o responsável pela análise e consequente implementação das políticas públicas. O que se pretende não é negar essa atitude em sua totalidade, porém, chamar a atenção para a importância do respeito aos limites mínimos de atuação de cada um dos três poderes, como forma de equilíbrio e harmonia entre os mesmos, no intuito de evitar o surgimento de um “super poder”, situação esta que levaria a uma realidade exatamente contrária a aplicação dos direitos fundamentais sociais.

Palavra-chave: Neoconstitucionalismo; Políticas Públicas; Ativismo Judicial; Separação dos Poderes;

ABSTRACT: The paper deals with the limitations existing in relation to the Judiciary's performance and the execution of public policies by the Executive Power, or the so-called "Politicization of the Judiciary". There are several factors that impede this behavior, however, the main factor considered, and which is more fully developed in this dissertation, is the Principle of Separation of Powers. The same is undoubtedly one of the structuring pillars of the Democratic Rule of Law and draws attention to the fact of the existence of the three powers, the attributions related to each one of them and the importance of respecting the limits of the performance of their holders, with a view to each of which holds the so-called "essential core" that would be matters of exclusive analysis and exercise, referred to each one of them. Based on this assumption, and taking into account that the current juridical moment of Neo-constitutionalism, where the Constitution gains special force and the judiciary, as the main guardian of its norms, is also of great importance, it gives rise to a situation of impasse generated by the fact that the latter, in an attempt to guarantee the maximum of social rights - rights that are strongly present in the Constitution - invades the exclusive sphere of action of the Executive Power, since it is responsible for the analysis and consequent implementation of the public policy. What is intended is not to deny this attitude in its entirety, but to draw attention to the importance of respecting the minimum limits of performance of each of the three powers, as a form of balance and harmony between them, in order to avoid the emergence of a "super power", a situation that would lead to a reality that is exactly contrary to the application of fundamental social rights.

Key word: Neo-constitucionalism; Public Policy; Judicial Activism; Separation of Powers.

SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. – artigo

Arts. – artigos

Cf. - Conferir

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CRP - Constituição da República Portuguesa

EUA – Estados Unidos da America

Idem – O mesmo

LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias brasileira

n. – número

ONU – Organização das Nações Unidas

PPA – Plano Plurianual

STA- Supremo Tribunal Administrativo

STF – Supremo Tribunal Federal do Brasil

STJ – Superior Tribunal de Justiça do Brasil

Sgs. – seguintes

Vide – Veja

Vol. – Volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. DO ESTADO DE DIREITO SOCIAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	12
1.1. Do Estado Liberal	12
1.2. Do Estado de Direito Social.....	14
1.3. Do Estado Democrático de Direito e o Neoconstitucionalismo: o papel do Estado no paradigma contemporâneo	24
1.4. Do Neoconstitucionalismo e da Constitucionalização do Direito Administrativo em uma perspectiva voltada aos Direitos Fundamentais.....	30
2. DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE GOVERNO E DOS LIMITES À ANÁLISE DE MÉRITO DA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO JUDICIÁRIO.....	35
2.1. Das Políticas Públicas.....	35
3. DOS LIMITES A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EXECUTORIEDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER EXECUTIVO. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO LIMITADOR.....	42
3.1. Dos Limites ao Ativismo Judicial em matéria de Políticas Públicas.....	42
3.2. DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	54
3.2.1. Breves comentários sobre suas origens remotas	54
3.2.2. Breves comentários sobre as origens próximas.....	58
3.2.3. Montesquieu e a Teoria da Separação dos Poderes.....	61
3.2.4. O Princípio da Separação dos Poderes em sua concepção mais moderna e as Funções Estatais.....	65
4. DAS FUNÇÕES POLÍTICA E ADMINISTRATIVA: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO.....	73
4.1. Da Função Administrativa e o Princípio da Reserva de Administração.....	73
4.2. Da Função Política.....	80
CONCLUSÃO.....	89
BIBLIOGRAFIA	92

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratará da intervenção do Poder Judiciário em relação ao processo de execução de políticas públicas pelo Poder Executivo, atuação, esta, cada vez mais frequente nos diversos ordenamentos jurídicos de todo o mundo. A análise não abordará apenas uma realidade jurídica específica, mas, antes, consistirá no estudo dessa nova relação surgida, principalmente, a partir do Neoconstitucionalismo, entre a efetivação de direitos fundamentais pelo Estado, por meio das políticas públicas, e o papel do Judiciário como guardião da Constituição.

O problema central consiste em definir-se qual o limite da atuação do Judiciário nessa busca pela defesa e efetivação das normas de direitos fundamentais e o quanto esse tipo de atitude pode influenciar no equilíbrio necessário à realidade jurídica e política de cada governo, principalmente se analisada sob a perspectiva da Teoria da Separação de Poderes.

Apesar de não ser novidade a abordagem científica sobre a revisão do Judiciário da atividade dos demais Poderes, o assunto aqui tratado está voltado à análise da específica intervenção dos titulares deste poder em atividades próprias e exclusivas do Executivo, tendo em vista que a sua função abarca, entre outras, a execução dos diversos direitos sociais constitucionalmente previstos. Assim, decisões como determinação de compra de medicamentos, assim como a sua entrega específica e individual em determinados casos, a construção de obras públicas, a preferência da execução de determinados direitos em relação a outros, são exemplos dessa atuação exagerada do Judiciário que tomou conta da realidade de alguns ordenamentos jurídicos.

É evidente que essa progressiva intervenção na seara de assuntos específicos do Poder Executivo não se deu de forma automática, pelo contrário, é reflexo de uma série de fatores, como a realidade da falta de representatividade do povo em relação aos seus governantes, ou pela corrupção enfrentada pela maioria dos atuais governos, situações que geram um sentimento coletivo de insatisfação e têm como consequência o redirecionamento incondicional para os titulares do Poder Judiciário da proteção e

execução dos direitos fundamentais. Tais sujeitos são vistos como verdadeiros salvadores, a ponto de serem comparados com Hércules¹.

Além disso, essa forma de atuar dos juízes não advém somente das situações acima narradas, até porque, antes de ser pautada nos anseios sociais de justiça, sentimentos de coletividade e proteção dos direitos, a atuação de qualquer poder, inclusive do Judiciário, deve ter como base principal as normas constitucionais. É claro que, no momento constitucional atual, todos os Poderes exercem as suas funções visando a propagação do bem-estar geral e, em se tratando dos direitos fundamentais sociais, de sua efetiva aplicação.

Assim, a atuação do Judiciário por meio do controle das atividades do Estado (Poder Executivo) por muitas vezes se dá de forma legítima; aliás, é vista como necessária para evitar situações de abuso e de falta de efetividade do Poder Executivo². É evidente que este não pode se abster de atuar na defesa das normas constitucionais, em especial dos direitos sociais, tendo em vista que se está em um momento de ultravaloração dessas normas e, por consequência, do seu principal defensor, o Poder Judiciário.

Na tentativa de se evidenciar melhor todo esse processo, o presente trabalho contará com uma abordagem que levará em consideração todo o desenvolvimento ocorrido no âmbito político e jurídico até o atual Estado de Direito Democrático e o Neoconstitucionalismo. Para tanto, é feita uma análise desde o Estado Liberal, passando-se pelo Estado Social, de relação bastante significativa com a disposição tão ampla de direitos sociais nos textos constitucionais, o momento do pós-guerra e os novos anseios sociais relacionados à dignidade da pessoa humana, até se alcançar a realidade social e política atual, que, por óbvio, reflete no pensamento jurídico como um todo.

Para que um ambiente, seja ele jurídico, político ou, até mesmo, o próprio ambiente social, tenha um mínimo de funcionamento, deve primar, antes de tudo, pela boa e equilibrada convivência entre os seus participantes, sem que um infrinja o campo

¹ Ronald Dworkin, em *Taking Rights Seriously*, obra da década de 1970, cria a figura do “Juiz Hércules”, considerando a figura do magistrado como alguém de sabedoria ampla, capaz de solucionar todas as demandas a ele apresentadas, com alto saber técnico e teórico.

² Inclusive diversos ordenamentos jurídicos preveem a obrigatoriedade de atuação do judiciário quando demandado, a exemplo do Brasil (art. 5, XXXV CF/88) ou Portugal (art. 20 CRP).

de atuação do outro, com as regras existindo como meio de organização e os limites previstos, devidamente seguidos.

No que se refere aos ambientes político e jurídico – estes, analisados de forma conjunta –, diversas regras e limites são postos aos seus titulares, a fim de determinar as suas específicas funções, os seus deveres e respectivos direitos. Quando se está diante de uma situação que envolve uma pluralidade de agentes e as suas respectivas atuações, percebe-se a necessidade de se criarem limites que não de ser respeitados, tendo em vista que o objetivo maior é o alcance de um ambiente harmônico e equilibrado.

Partindo para uma análise específica das funções legislativa, executiva e judiciária, vem à tona um dos princípios mais importantes em um regime democrático: o princípio da separação de poderes. Este, sem dúvida, já foi objeto de estudo por diversos autores no campo do direito, filosofia e ciência política, e, em todos os ramos, percebe-se a importância dada ao instituto e a necessidade do respeito aos limites de competência de cada poder/função ali presentes.

O princípio teve esse pequeno destaque, não sem razão, tendo em vista que será mediante o seu estudo que o trabalho abordará a problemática que envolve a interferência do Poder Judiciário na análise de políticas públicas, quando este o faz ultrapassando os limites mínimos de competência referentes à atuação do Poder Executivo, como detentor do dever de implementar os direitos sociais, mediante políticas públicas. Também nessa perspectiva, o trabalho tratará de um princípio correlato e que tem relação direta com o tema aqui tratado, o Princípio da Reserva de Administração³.

É interessante lembrar-se, antes de tudo, que o assunto pode ser analisado por meio de diversos outros argumentos, igualmente importantes e válidos. Todavia, como seriam mercedores de um estudo aprofundado, tratar-se-á, essencialmente, de um deles em específico, qual seja, o princípio da separação de poderes. A escolha não se deu por se reputá-lo o mais importante, mas por englobar uma perspectiva interessante, porquanto chama a atenção para o excesso, a quebra de limites e a invasão de competência.

³ Nas palavras de Nuno Piçarra, “Dentro do sector doutrinário que conclui pela existência jurídica da reserva de administração importa distinguir entre a posição que afirma uma reserva geral da administração, objectivamente recortada a partir do princípio da separação dos poderes, associado a uma teoria material das funções do Estado, que identifica em cada uma um ‘âmbito nuclear’ ou ‘núcleo essencial’”. PIÇARRA, Nuno. A Reserva de Administração. *O Direito*. Lisboa, a. 122, n. 2, p. 333, abr./jun. 1990.

Apesar de se analisar a defesa dos direitos sociais pelo Judiciário como sendo uma atitude necessária, muitas vezes legítima e digna de mérito, aquele não deve confundir o poder de agir que o ordenamento jurídico lhe confere com a atuação desmedida, desarrazoada, como se fossem próprios deuses salvadores de uma pátria sofrida. Aos titulares desse Poder incumbe agir com cautela, de forma organizada, legal, respeitando os limites conferidos pela lei e princípios, sob pena de influenciarem de modo negativo a própria garantia de aplicabilidade dos direitos sociais.

É importante chamar-se a atenção para o fato de que todos os Poderes do Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário – trabalham juntos para satisfazer o propósito do bem comum, do alcance de uma sociedade livre, igualitária, pacífica, em que os diversos direitos, em especial, os sociais, sejam garantidos. Para isso, todos devem agir em conjunto, num sistema de freios e contrapesos, mas, acima de tudo, respeitando os limites da esfera de atuação específica de cada um dos outros. Caso esse limite seja quebrado e determinado Poder exerça as suas funções de forma ilimitada, será como um verdadeiro “superpoder”⁴.

1. DO ESTADO DE DIREITO SOCIAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1. Do Estado Liberal

Antes mesmo de se tratar do Estado Social em si e da sua relação com o tema deste trabalho, é interessante fazer-se uma pequena análise acerca do Estado Liberal⁵,

⁴ Curioso que até mesmo obras mais atuais do cinema chamam a atenção para essa superconcentração de poderes nas mãos de um só agente, como ocorreu no filme *Batman vs Superman – A origem da Justiça* (2016), em que a sociedade argumentava se o *Superman* – personagem com força ilimitada e que existe para salvar os seres humanos das injustiças e perigos da Terra –, mesmo com toda a intensão de salvar o mundo do mal, seria tão perfeito em seu trabalho, haja vista ter demasiado poder em suas mãos e, na busca de fazer o bem a determinadas pessoas, acaba por prejudicar outras..

⁵ “O Estado Liberal tem sua gênese no contexto da Revolução Francesa. A França, sobrepujada pelo Antigo Regime absolutista, não mais suportava a demasiada intervenção do público sobre o particular, criando um *status* de insegurança jurídica e confisco econômico. O despotismo advindo do poder e as desigualdades sociais intensificavam o levante em nome da mudança e, concentrada na burguesia, a Revolução Francesa aproveitou para romper, mitigada e definitivamente, com um Estado opressor e absoluto. Desconvidado a participar das relações particulares e da intervenção da economia, o Estado torna-se, agora, ente ainda mais abstrato, e, como fruto da vontade dos seus componentes, omite-se da realidade. Nasce, assim, a teoria do *laissez-faire, laissez-passer*”. SOARES, Igor Alves Norberto. *Brevíssimas considerações sobre a formação do estado democrático de direito*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/brev%C3%ADssimas-considera%C3%A7%C3%B5es-sobre-forma%C3%A7%C3%A3o-do-estado-democr%C3%A1tico-de-direito>>. Acesso em: 14 mai. 2018.

haja vista que os direitos fundamentais triunfaram politicamente nos fins do século XVIII, a partir das revoluções liberais⁶.

Nessa época, por conta da queda do absolutismo e, conseqüentemente, do poder absoluto e opressor do governante sobre os cidadãos, estes almejavam uma vida liberta da influência do Estado, exigindo a sua abstenção não somente da vida econômica e social dos cidadãos, como da vida pessoal deles. É nesse momento, como já dito, que os direitos fundamentais ganham força, fruto das diversas reivindicações sociais por melhores condições de vida e de uma maior liberdade em relação ao poder do Estado⁷.

Em face da situação social e política da época, os principais anseios se relacionavam à liberdade (frente ao Estado absolutista) e à propriedade, ou seja, direitos puramente subjetivos dos indivíduos e que requerem do Estado uma postura negativa, de não interferência. O último ganhou força ímpar e, além de ser um direito fundamental, era visto como verdadeira condição objetiva e uma garantia de liberdade – constituindo e distribuindo o poder de escolha (de compra) – e, simultaneamente, de felicidade⁸.

Com efeito, não eram todos os direitos fundamentais que eram deixados a cargo da livre vontade e atuação dos indivíduos. A segurança era um dos direitos que estava relacionado diretamente à atuação estatal, tendo em vista que a sua garantia e a defesa dos cidadãos são um tipo de serviço ligado à própria essência do Estado como garantidor da ordem e da paz social.

Na lição de Vieira de Andrade:

Liberdade, segurança e propriedade, eis a essência do lema da construção liberal da sociedade política.

[...]

Os direitos fundamentais eram vistos como liberdades, cujo conteúdo era determinado pela vontade do seu titular (e tendia a incluir a possibilidade de não exercício), ou como garantias, para assegurar em termos institucionais a não intervenção dos poderes públicos – em qualquer caso, enquanto direitos de defesa (Abwehrrechte) dos indivíduos perante o Estado.

⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 51.

⁷ SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *Teoria Geral do Direito à Alimentação, Cultura, Cidadania e Legitimação*. Birigui: Boral, 2015. p. 12.

⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.* p. 52.

Entretanto, apesar da importância em relação aos direitos fundamentais, principalmente, se se analisar a situação social do modelo anterior, o regime liberal também não alcançou uma realidade ideal. Apesar dos direitos de liberdade e propriedade alcançados com o liberalismo terem sido bastante importantes, o modo de produção utilizado naquela época, marcado pela severa busca pelo máximo lucro e sem preocupação com o bem-estar dos trabalhadores, e o fato da maioria da população não ter condições de exercer os direitos mínimos de liberdade e propriedade, levou à crise do sistema, tal como verificado outrora.

As alterações sociais ocorridas, principalmente, pela influência da industrialização (a Revolução Industrial teve início no século XVIII), da alteração do modo de produção, da ampliação e mudança do perfil do mercado de trabalho (antes agrário, agora industrial e urbano), fizeram com que novas necessidades surgissem, e somente a proteção e garantia dos direitos de propriedade e liberdade já não se mostravam suficientes a garantir um ambiente social equilibrado – até porque os direitos não eram garantidos a toda a população, a exemplo do direito de propriedade, que era exercido apenas por determinada camada privilegiada da sociedade.

1.2. Do Estado de Direito Social

Como visto, a falência do modelo liberal já era esperada e tornou-se mais evidente a partir do fim da Primeira Guerra Mundial, mais especificamente em 1918, quando o sucesso da Revolução Russa e o modo de produção socialista influenciaram e motivaram a classe trabalhadora a reivindicar melhores condições de trabalho e de vida como um todo, nascendo, aí, as primeiras reivindicações relacionadas aos direitos sociais.

Os direitos sociais foram fruto de um cenário de grandes lutas políticas em determinado momento constitucional: como bem descreve Novais⁹,

referimo-nos ao momento, 1918, em que a Revolução Russa, numa fuga para a frente que mais tarde se percebia ser sem retorno histórico, rompeu os limites jurídicos do Estado de Direito e do modelo constitucional representativo ocidental – e apresentou ao mundo uma Declaração de Direitos ('Declaração dos direitos do povo trabalhador e explorado') e uma Constituição radicalmente

⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. pp. 17-18.

novas a todos os títulos [... A] Revolução Russa apresentou-se, então, como alternativa radical ao modelo do Estado de Direito liberal [... A] Revolução Russa afasta-se radicalmente da concepção de direitos fundamentais como direitos contra o Estado, assentes na autonomia individual, e substitui essa concepção, dita burguesa, por um programa de funcionalização integral do exercício dos direitos fundamentais às orientações e aos interesses de consolidação do regime político e do poder estatal vigente.

Eduardo Fernando Appio¹⁰, em obra dedicada à análise das políticas públicas e sua relação com o poder público, aduz que:

No Estado Liberal de Direito, porém, por influência da corrente contratualista e do apogeu do Poder Legislativo após a Revolução Francesa de 1789, a lei e a justiça estão plenamente identificados, passando o Estado a sofrer uma limitação decorrente da soberania popular concretizada pela democracia representativa. O Estado Liberal de Direito, entretanto, muito embora seja um notável avanço em relação ao modelo anterior (Rechtsstaat), deixa intocadas as bases do modo de produção vigente que serão questionadas somente a partir dos movimentos populares que eclodiram ainda no final do século XIX, por conta dos processos de industrialização urbana.

A crise do regime liberal se deu por inúmeros fatores, porém a principal razão está relacionada com a realidade vivida pelos cidadãos a partir da Revolução Industrial, e todas as consequências econômicas e sociais advindas. Nas palavras de Vieira de Andrade¹¹:

A industrialização e o progresso técnico desenraizaram os homens das suas terras, amontoaram-nos nas cidades, impuseram-lhes um ritmo acelerado de vida e desenharam-lhes os horizontes de um bem-estar material. Privados do seu espaço e do seu tempo, arregimentados em estruturas intermédias, desde a fábrica ao sindicato e ao partido, dirigidos e controlados pela publicidade (propaganda) e pelos meios de comunicação de massa que lhes ditam as ideias e os produtos prontos a consumir- os homens dissolveram-se na sociedade e nela encontraram o seu destino. O indivíduo torna-se um ser dependente, uma espécie-tipo do género humano.

Diante dessa nova realidade, nada mais natural que novas necessidades também surjam, na busca de se alcançar uma vida em sociedade que seja viável e

¹⁰ APPIO, Eduardo Fernando. *O Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. p. 35. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2004.

¹¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit. p. 56.

saudável para todos os cidadãos¹². É nesse momento de busca por melhores condições de vida que a importância da intervenção estatal ganha força¹³.

Vieira de Andrade assevera:

Os ditames liberais de liberdade individual e livre concorrência econômica não tinham conduzido ao melhor dos mundos, mas a um mundo de injustiças flagrantes – designadamente, a liberdade contratual entre empresários e trabalhadores tivera como resultado uma exploração social infrene, que reduziu massas humanas a um nível degradante da sua dignidade e abriu uma questão social, em termos de afetar ruidosamente e de forma inescapável a própria segurança burguesa¹⁴.

Assim, o Estado passa a ser visto não só como responsável pela segurança e repartição de finanças, mas é entendido como necessário para corrigir a situação de desequilíbrio gerada pelo novo regime, passando a ser o protagonista das diversas necessidades sociais daquele momento. Exigem-se medidas ligadas ao planeamento económico e social e intervenção de maneira direta na económica, contemplando-se um sistema de prestações relacionado à sociedade como um todo.

Daí surgir uma nova categoria de direitos intitulados prestacionais (*Leistungsrechte*) e, em relação aos diversos já existentes, por direitos de quota-parte (*Teilhaberechte*). Ambos se distinguem dos direitos de liberdade e participação democrática por exigirem uma atuação estatal positiva, sendo direitos aplicáveis através do Estado¹⁵ e por sua conta. São exemplos os direitos relacionados aos trabalhadores, à habitação, à saúde, à segurança, ao ensino, à cultura, etc. Todos têm como característica o fato de o Estado ser o executor das medidas necessárias à sua realização, e o faz por meio de leis, atos da Administração, das chamadas políticas públicas de governo, pelas quais o administrador, ao analisar a realidade social, define e executa medidas que garantam o gozo efetivo dos direitos previstos na Constituição.

¹² Interessante lembrar-se que os direitos fundamentais sociais, já influenciados pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), foram definitivamente constitucionalizados nos períodos seguintes à crise do Estado Liberal.

¹³ “A insuficiência do modelo liberal dos direitos fundamentais, em face de uma economia ancorada num incipiente processo de industrialização na Europa – o qual demandava a reformulação das relações entre capital e trabalho – impôs, todavia, a adoção de um novo modelo de Estado que passa a assumir, já no início do século XX, a missão de superar os problemas gerados pelo capitalismo”. APPIO, Eduardo Fernando. Op. cit. p. 35.

¹⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit. p. 57.

¹⁵ Ibid. p. 58.

Robert Alexy¹⁶, em obra intitulada *Teoria dos Direitos Fundamentais*, faz excelente análise sobre o tema dos direitos prestacionais do Estado ou direitos de ações positivas¹⁷:

De acuerdo con la interpretación liberal clásica, los derechos fundamentales están destinados, ante todo, a asegurar la esfera de la libertad del individuo frente a intervenciones del poder público; son derechos de defensa del ciudadano frente a Estado. Los derechos de defensa del ciudadano frente al Estado son derechos a acciones negativas (omisiones) del Estado. Pertenecen al status negativo en sentido amplio. Su contrapartida son los derechos a acciones positivas del Estado, que deben ser incluidas en el status positivo en sentido estricto. Si se presupone un concepto amplio de prestación, todos los derechos a acciones positivas del Estado pueden ser calificados como derechos a prestaciones del Estado en un sentido amplio.

O indigitado autor, em determinada altura, debruça-se na análise dos direitos fundamentais sociais e as suas características específicas. A atuação do Estado como prestador dos direitos sociais previstos no corpo da Constituição e a relação que surge a partir disso entre si e os cidadãos (titulares do direito) são o objeto de indagação. Alexy observa que

Los derechos a acciones negativas imponen límites al Estado en la persecución de sus fines. No dicen nada acerca de los fines que tiene que perseguir. En cierto modo, los derechos a acciones positivas imponen al Estado la persecución de determinados objetivos. Por ello, en todos los derechos a acciones positivas del Estado se plantea el problema de saber se y en qué medida e se debe imponer la persecución del Estado a través de derechos subjetivos constitucionales de los ciudadanos. Bajo una Constitución que somete los derechos constitucionales a un control amplio de un Tribunal Constitucional, éste es esencialmente un problema de distribución de competencias entre el Tribunal Constitucional Federal, por una parte, y el legislador, por otra. La participación de todos los derechos a acciones positivas del Estado en este problema es una razón decisiva para resumirlos en un grupo bajo la expresión “derechos a prestaciones”. Los derechos a prestaciones fácticas, es decir, a prestaciones que también podrían proporcionar los particulares, constituyen, pues, sólo un sector de los derechos a prestaciones. Cuando ella sea relevante, se hablará de derechos a prestaciones en “sentido estricto” y de “derechos a prestaciones en sentido amplio”. Los derechos a prestaciones (en sentido amplio) pueden ser divididos en tres grupos: (1) derechos a protección, (2) derechos a

¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madri: Ernesto Garzón Valdés, 1993. p. 419.

¹⁷ GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 141.

organización y procedimiento y (3) derechos a prestaciones en sentido estricto.

A temática é bastante interessante e tem forte relação com o objeto deste trabalho. Analisar os direitos sociais sob a ótica prestacional do Estado e a relação deste com os indivíduos é algo que já na época em que Alexy¹⁸ escreveu sobre o tema despertava a atenção da doutrina e, como bem lembrou o autor, era objeto de opiniões diversas – tema que será mais especificamente tratado nas próximas etapas.

Os direitos fundamentais sociais¹⁹, nas palavras de Vieira de Andrade²⁰, são

direitos económicos, sociais e culturais, isto é, direitos cujo conteúdo principal típico consiste em prestações estaduais sujeitas a conformação político-legislativa; [...] os direitos sociais fundamentais dispõem de um conteúdo nuclear. O entendimento dos direitos sociais a prestações varia consoante os ordenamentos jurídicos: são encarados como princípios políticos, como normas programáticas, como preceitos indicadores de fins do Estado, como princípios jurídicos, como normas organizatórias, como garantias institucionais ou, mais raramente, como direitos subjetivos públicos.

Seguindo o raciocínio, Jorge Reis Novais²¹ observa que:

Assim, numa enumeração relativamente consolidada própria de Estado de Direito social, independente da diferenciação de posituação constitucional, consideraremos como direitos sociais como um todo (e é basicamente relativamente aos aqui enumerados que há um “problema” de direitos sociais) integrantes daquele *corpus* os seguintes: um direito a um mínimo vital ou existencial (ou direito a um mínimo de existência condigna); um direito à saúde (ou à proteção da saúde); um direito a habitação (ou a uma habitação condigna); um direito à segurança social (ou à assistência social); um direito ao trabalho e um direito ao ensino (à educação ou à formação).

O autor ainda chama a atenção para as características dos direitos supramencionados²², da seguinte maneira (grifou-se):

Considerando, então estes diferentes direitos, verificamos que eles apresentam duas comuns e decisivas características: (i) o respectivo

¹⁸ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 217, pp. 55-66, jul./set. 1999.

¹⁹ A respeito das principais características dos direitos fundamentais: SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *Cultura, Cidadania e Legitimação*. Birigui: Boreal, 2015. pp. 17-26.

²⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit. pp. 357-359.

²¹ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit. pp. 40-41.

Cf. GALDINO, Flavio. *Introdução a Teoria dos Custos dos Direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. A obra traça um modelo teórico do custo dos direitos, no qual se tornam imprescindíveis o realismo financeiro, a visão pragmática centrada na análise dos efeitos prospectivos e concretos sobre a realidade social e as escolhas trágicas por recursos escassos efetivadas no ambiente democrático.

²² ALEXY, Robert. Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático, op. cit.

objeto de proteção respeita o acesso individual a bens de natureza económica, social e cultural absolutamente indispensáveis a uma vida digna, mas (ii) com a particularidade de se tratar de bens escassos, custosos, a que os indivíduos só conseguem aceder se dispuserem, eles próprios, por si ou pelas instituições em que se integrem, de suficientes recursos financeiros ou se obtiverem ajuda ou as correspondentes prestações da parte do Estado.

Novais²³ lembra que,

sem dúvida, a principal e mais consequente defesa dos direitos sociais foi realizada pelo tipo histórico de Estado que se assumiu como herdeiro e continuador natural o Estado de Direito liberal do século XIX, ou seja, o Estado social e democrático de direito, todavia, aí já não em contraposição, mas numa visão complementar e integrada com a manutenção e aprofundamento da defesa dos direitos de autonomia individual.

Foi nesse momento histórico²⁴, e com base nos ideais relacionados à justiça social, solidariedade e igualdade, que as primeiras constituições sociais, a exemplo da Constituição Alemã de 1919 (Weimar) e da Constituição Mexicana de 1917, foram elaboradas. Os direitos sociais ganham importância significativa e se relacionam com a progressiva e programática construção de uma sociedade superior, igualitária e solidária²⁵.

Interessante ressaltar-se que, no plano do Direito Internacional, a mudança de comportamento da população, acompanhada dos diversos anseios relacionados ao bem-estar social, também tem relação com a situação de calamidade em que a sociedade se encontrava no momento do pós-guerra. Ao fim de ambas as Guerras Mundiais, a sociedade se alterou significativamente, e seu entendimento sobre o ser humano, as suas necessidades e o papel do Estado na busca pelo bem-estar social ganharam força.

As necessidades surgidas nesse período são consequência da difícil realidade por que passava boa parte da população mundial. As nações uniram-se na busca de uma sociedade mais pacífica e igualitária. A solidariedade, o intervencionismo e a socialização – direitos de terceira geração ou dimensão – tornaram-se o foco dos anseios

²³ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit. p. 20.

²⁴ Appio lembra que “nos Estados Unidos somente a partir do processo de reconstrução do chamado ‘New Deal’ se pode falar em uma verdadeira intervenção estatal planejada na economia – acompanhada de forte inversão de recursos do Estado em serviços sociais- de molde a romper com um processo de estagnação econômica de consequências sociais desastrosas”. APPIO, Eduardo Fernando. Op. cit. p. 71.

²⁵ “Os direitos sociais fundam-se, agora, programaticamente, não apenas no ideal de construção de uma sociedade superior, de índole socialista, mas num aspecto cada vez mais alargado que vai, nos dias de hoje, desde o programa de realização de uma sociedade mais justa, incluindo os valores próprios da solidariedade cristã ou duma concepção substancialista da dignidade da pessoa humana, até ao simples pragmatismo de uma racionalidade económica utilitarista”. NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit. p. 22.

sociais e fizeram com que o rol de direitos fundamentais²⁶ sofresse profunda mudança, não só de conteúdo, mas também no modo de sua prestação.

Inúmeras foram as ações relacionadas à consagração e proteção dos direitos sociais, tidos como de segunda geração ou dimensão²⁷, cuja característica principal é a atuação do Estado como garantidor da efetivação dos mesmos. A consagração de tais direitos sempre teve como característica o forte cunho político e de luta política em sua defesa:

No plano do Direito Internacional dos direitos humanos não foi diferente e ficou evidente nos alinhamentos políticos dos diferentes Estados e blocos nas discussões travadas na ONU, após a II Guerra Mundial, em torno da consagração dos direitos sociais na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na aprovação e ratificação dos dois Pactos aprovados sobre essa égide²⁸.

É fácil perceberem-se as reais necessidades da população nos períodos históricos acima assinalados. A partir da análise desde o período liberal, marcado pela luta contra o Estado e por direitos de liberdade e propriedade, passando-se pelo período do Estado Social, marcado pelos anseios, agora, de intervenção estatal na busca pela realização dos direitos sociais, e o momento do pós-guerra, bem definido pelos ideais de solidariedade, fraternidade e pela proteção dos direitos humanos universais.

Um mesmo sentimento une a maioria dos países do mundo e seus respectivos textos constitucionais²⁹ na busca da realização de determinados direitos, intitulados

²⁶ Ibid. p. 20. O autor faz excelente análise sobre a natureza dos direitos sociais e chama a atenção para as objeções dogmáticas ao reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais.

²⁷ Lembre-se que a doutrina delimita o rol de direitos fundamentais mediante diferentes gerações ou dimensões, sendo os direitos sociais relacionados à segunda geração, juntamente com os direitos econômicos e culturais; os direitos fundamentais de terceira geração emergiram após a Segunda Guerra Mundial e, ligados aos valores de fraternidade ou solidariedade, são os relacionados ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação. São direitos transindividuais, em rol exemplificativo, destinados à proteção do gênero humano. SANTOS, Leonardo Fernandes dos. Quarta Geração/Dimensão dos Direitos Fundamentais: Pluralismo, Democracia e o Direito de Ser Diferente. *Revista Direito Público*. Brasília, n. 35, pp. 66-83, set./out. 2010. Sobre o assunto, é preciso anotar-se que os autores têm preferido falar em gerações, querendo significar gerações sucessivas de direitos humanos. A ideia de “gerações”, contudo, é equívoca, na medida em que dela se deduz que uma geração substitui, naturalmente, à outra, e assim sucessivamente, o que não ocorre, contudo, com as “gerações” ou “dimensões” dos direitos humanos; daí a razão da preferência pelo termo “dimensão”: TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 358.

²⁸ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit. p. 23. Os pactos referidos são o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que delinea os direitos humanos básicos, foi adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. O intuito era o de construir uma sociedade melhor, na busca da paz mundial, na promoção da democracia e fortalecimento dos direitos humanos.

²⁹ Diversos textos constitucionais dispõem sobre direitos sociais, v.g.: Brasil: CF/1988 (Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a

fundamentais. O Estado, neste cenário, é tido como ator principal na busca da realização desses inúmeros direitos previstos na Carta Magna e devidamente defendidos pelos tribunais constitucionais.

Como bem destaca Appio, “a emergência de um Estado-providência se dá como resultado de um ‘processo de extensão e aprofundamento do Estado-protetor clássico’, sendo que o caso coincide com a adoção dos postulados do neoliberalismo econômico, na forma de ‘desregulamentação dos mercados, dos fluxos financeiros e da organização do trabalho, com a conseguinte erosão das funções do Estado’”. Dessa forma, resta evidente que a atuação estatal tem relação bastante intensa com a atual perspectiva de direitos sociais, no chamado Estado Providência ou *Welfare State*³⁰.

Para Reinaldo Pereira e Silva³¹, são três os elementos estruturais do *Welfare State*, a saber: (1) a concepção de instituições previdenciárias; 2) a noção de Estado-nação com a função de promover a solidariedade nacional; 3) o seguro social integrado a um esquema de administração de risco orientado para um futuro aberto.

Assim, sendo o Estado o provedor de direitos sociais fundamentais, ele também deverá se valer de determinadas ferramentas para tanto. É essencial que as atuações dos governantes, nesse sentido, tenham por base um conjunto concreto e organizado de ações prestacionais que levem à efetividade dos direitos³². O ente estatal é o executor e garantidor da real aplicação destes à população, tendo em vista serem direitos notadamente relacionados ao bem-estar e que têm por característica a própria dignidade humana e o chamado *mínimo existencial*.

É interessante chamar-se a atenção para o fato de que

o papel dos direitos fundamentais evolui no sentido de garantir a liberdade em face das ameaças em face perpetradas não mais pelo Estado, mas pelos poderes não estatais (como o poder econômico interno, além das forças econômicas e políticas exteriores ao Estado). Evolui também para a ampliação do seu sentido, que agrega à

segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição); Portugal: CRP/1976 (Capítulo II – Direitos e Deveres Sociais); Alemanha: Constituição da República Federal da Alemanha/1949 (art. 1º ao 19).

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, v. 17, p. 111, 1999.

³¹ SILVA, Reinaldo Pereira e. *O mercado de trabalho humano: a globalização econômica, as políticas neoliberais e a flexibilidade dos direitos sociais no Brasil*. São Paulo: LTr, 1998. p. 47.

³² LOEWESTEIN, Karl. *Verfassungslehre*. 3ª ed. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1975.

*liberdades fundamentais os direitos de participação ou de prestação*³³”.

É notável a importância dos diversos direitos sociais fundamentais previstos nos diversos textos constitucionais e, do mesmo modo, é importante ter atenção ao seu principal prestador – o Estado- e aos meios utilizados pelo mesmo na prestação desses direitos. Os governantes, com base nos ditames previstos na carta maior, e em respeito aos limites ali previstos, devem atuar mediante ações organizadas na busca da sua realização, e aí que surgem as chamadas políticas públicas de governo – programas de ação governamental –, que tem como intuito a promoção de determinados direitos aos cidadãos.

Nas palavras de Fábio Konder Comparato³⁴:

Quando, porém, a legitimidade do Estado passa a fundar-se, não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem alcançadas programadamente, o critério classificatório das funções e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental. E aí, à falta de uma consequente reorganização constitucional de Poderes, a qual dê preeminência à função planejadora, que ordena estrategicamente as múltiplas atividades estatais, é o Governo, impropriamente chamado agora de Poder Executivo, que incumbe o papel hegemônico.

Todavia, o modelo social, marcado pela forte atuação do Estado como executor dos diversos direitos sociais previstos na Constituição, também não obteve êxito absoluto. Um fator decisivo para a crise do regime social³⁵ foi o fato de que ocorreu uma expansão enorme em relação às tarefas do Estado, por conta da ampliação da intervenção nos domínios social e econômico, implicando o aumento da despesa do Estado, e, por outro lado, o encolhimento das receitas obtidas por meio da contribuição da população ativa, que, na maioria das vezes, era menor que a população beneficiada pelos programas sociais do governo³⁶.

Alexandre Santos de Aragão³⁷ observa que:

³³ 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. 8.

³⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 35, n. 138, pp. 44, abr./jun. 1998.

³⁵ Cf. TORRES, Sílvia Faber. *A Flexibilização do princípio da legalidade no direito do Estado*. Editora Renovar, 2012.

³⁶ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2 ed., São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003. p. 90.

³⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed. Editora Forense, 2013.p. 59.

Na década de oitenta do século passado verificou-se um esgotamento do modelo keynesiano e intervencionista de Estado, propiciado pelo déficit público decorrente de anos de gastos públicos feitos sem muita responsabilidade fiscal, pelo fim da Guerra Fria e pela globalização.

O Estado saiu de largos setores da vida social e econômica onde havia se inserido anteriormente. Não haveria, contudo, como voltar ao Estado liberal dos oitocentos. Teríamos então o que muitos denominam “Estado Regulador”, que não mais intervém com tanta intensidade na economia, e que, na medida do possível, permite aos atores privados tomar as suas próprias decisões empresariais e individuais, muitas vezes até celebrando acordo com eles, retendo, contudo, sempre que forem necessários, amplos poderes regulatórios sobre as atividades privadas.

No avançar da história, fica nítida a crise do sistema puramente social, em que o Estado ocupa lugar de destaque como provedor absoluto dos inúmeros direitos sociais previstos nos textos constitucionais. Impossibilitado de arcar com a carga gerada pela atuação tão intensa, o sistema entra em colapso e dá lugar a um novo tipo de atuação estatal, desta vez interferindo de uma forma menos acentuada na economia, repassando determinados setores sociais à iniciativa privada e incorporando um papel mais regulador das atividades dos particulares.

Nesse sentido, Vieira de Andrade:

A falência do Estado-Providência não é apenas financeira. O que está em causa é o próprio paradigma de intervenção estatal, sobretudo depois da derrocada dos modelos socialistas coletivistas.

O equívoco de ligar indissolavelmente a justiça social à igualdade, em termos de a vincular à construção de uma sociedade igualitária, pode revelar-se, se não tão grave, pelo menos tão ineficaz como aquele que fez depender a liberdade da igualdade.

[...]

O Estado pode ter de assegurar a existência de serviços universais em certas áreas, mas não tem necessariamente de manter serviços estaduais de prestação em regime de monopólio ou de pura delegação – na saúde, na segurança social, na educação e na cultura, como nos domínios da energia, da água, das telecomunicações e dos transportes – muito menos serviços gratuitos, ou tendencialmente gratuitos, que, aliás, têm revelado efeitos fortemente regressivos em termos sociais.

O paradigma do Estado Social prestador é substituído pelo do Estado Social regulador, garantidor e incentivador, que, de “forma mais inteligente e sutil” promove a colaboração dos privados na realização das tarefas de interesse público.

Além disso, o fato de o regime social ter abarcado governos totalitários, a exemplo de Hitler e Mussolini, na Alemanha e Itália, respectivamente, foi também responsável pela crise do sistema. Tais regimes foram marcados pela atuação perversa

de seus titulares, ausência de liberdade de pensamento, total desrespeito aos direitos relacionados ao ser humano e falta de democracia.

O formalismo jurídico característico dessa época, em que a lei era vista como documento central das atuações governamentais, não se mostrou suficiente para a consagração de um ambiente social e político ideais. Pelo contrário, o intuito do Estado Social em garantir a justiça material, baseando todas as suas ações, sejam elas morais ou não, em textos legais, fracassou:

Conclui-se daí que a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, como vimos, foi a construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político. Aonde a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção³⁸.

Dessa forma, o momento do pós-guerra foi marcado, essencialmente, pela superação dos regimes totalitários e de toda carga ideológica por eles defendida, além do forte anseio pela preservação da paz e proteção dos direitos humanos, pelos ideais de solidariedade e respeito mútuos, pela limitação do Estado aos ditames legais e pela consagração de um regime em que o povo tenha importância e influência na tomada de decisão de seus governantes. Daí o surgimento do Estado Democrático de Direito.

1.3. Do Estado Democrático de Direito e o Neoconstitucionalismo: o papel do Estado no paradigma contemporâneo

O momento vivenciado após a Segunda Grande Guerra e todos os seus reflexos sociais, políticos e jurídicos, somados ao fato de que os anseios da época tinham forte relação com a atuação estatal como executor de uma política voltada à defesa dos direitos fundamentais – aqui, em uma perspectiva mais voltada à defesa de direitos humanos, direitos sociais mínimos de sobrevivência, paz social e solidariedade – levou

³⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 120.

a uma alteração da perspectiva política, agora relacionada à defesa de uma maior participação da população no âmbito governamental³⁹.

Assim, o Estado Democrático de Direito⁴⁰ ganha força não somente por ter como base o governo do povo pelo povo – direta ou indiretamente –, característica própria de uma Democracia⁴¹, tampouco pelo fato de ser um Estado de Direito, baseado propriamente em disposições legais, mas, sobretudo, pelas atuações legais e morais provenientes dos governantes. Estes devem agir como defensores dos direitos do povo, e o devem fazer em respeito não apenas às normas legais existentes, como também a moral e a ética. A democracia⁴² é vista, agora, como forma de exercício do poder, em vez de como modo de designação deste.

Interessante é a visão de *Habermas* sobre a democracia e a sua relação com os direitos fundamentais, os quais, na visão do autor, estão intimamente ligados à atuação dos cidadãos em sua implementação:

A ideia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma gênese lógica de direitos, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral - constitutivo para a forma jurídica enquanto tal - e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses

³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. Op. cit., 36ª ed. p. 121. O autor chama a atenção para o fato de que, na Constituição portuguesa, utiliza-se a expressão *Estado de direito democrático*, diferentemente do caso brasileiro, em que consta *Estado Democrático de Direito*.

⁴¹ “A democracia, a seu turno, consiste em um projeto moral de autogoverno coletivo, que pressupõe cidadãos que sejam não apenas os destinatários, mas também os autores das normas gerais de conduta e das estruturas jurídico-políticas do Estado. Em um certo sentido, a democracia representa a projeção política da autonomia pública e privada dos cidadãos, alicerçada em um conjunto básico de direitos fundamentais”. BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 50.

⁴² O “único modo de se chegar a um acordo quando se fala em democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias e fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos. Todo grupo social está obrigado a tomar decisões vinculatórias para todos os seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, tanto interna quanto externamente. Mas até mesmo as decisões de grupo são tomadas por indivíduos (o grupo como tal não decide). Por isso, para uma decisão tomada por indivíduos (um, poucos, muitos, poucos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras (não importa se escritas ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar vinculatórias para todos os membros do grupo”. BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6ª ed. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 17.

direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo co-originário.

O processo de apresentação vai do abstrato ao concreto, sendo que a concreção acontece porque a perspectiva da representação, inicialmente trazida de fora, é internalizada pelo sistema de direitos, representado. Ora, tal sistema deve conter precisamente os direitos que os cidadãos são obrigados a atribuir-se reciprocamente, caso queiram regular legitimamente a sua convivência com os meios do direito positivo⁴³.

Gustavo Binbojm⁴⁴ faz uma excelente análise sobre o assunto, levando em conta toda essa nova perspectiva relacionada à democracia e ao surgimento do Estado Democrático de Direito:

As ideias de direitos fundamentais e democracia representam as duas maiores conquistas da moralidade política em todos os tempos. Não à toa, representando a expressão jurídico-política de valores basilares da civilização ocidental, como liberdade, igualdade e segurança, direitos fundamentais e democracia apresentam-se, simultaneamente, como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado democrático de direito. Assim, toda a discussão sobre o que é, para que serve e qual a origem da autoridade do Estado e do direito converge, na atualidade, para as relações entre a teoria dos direitos fundamentais e a teoria democrática.

[...]

À centralidade moral da dignidade do homem, no plano dos valores, corresponde a centralidade jurídica dos direitos fundamentais, no plano do sistema normativo⁴⁵.

O autor relembra o que se denominou *virada kantiana*⁴⁶ ao se referir a esse movimento de reaproximação entre a ética e o direito, com a fundamentação moral dos direitos fundamentais, próprios desse momento⁴⁷. O Estado Democrático de Direito surge da relação de interdependência e reciprocidade entre os direitos fundamentais e a democracia: ambos juntos formam um sistema ideal, em que a democracia é um regime

⁴³ HABERMAS, Jürgen. Op. cit. pp. 158-159. Interessante, também, a análise feita pelo autor destacando as diferentes perspectivas relacionadas aos direitos fundamentais (p. 159).

⁴⁴ BINENBOJM, Gustavo. Op. cit. p. 49.

⁴⁵ Ibid. pp. 49-50.

⁴⁶ A expressão é atribuída, normalmente, a Otfried Höffe; Binbojm ainda lembra que, segundo Kant, “a razão prática conduz ao imperativo categórico, regra universal que ordena ao homem agir de forma tal que sua conduta possa ser elevada à máxima de comportamento universal. O fundamento ético do Direito (o Direito justo) está, precisamente, nestes padrões universais de conduta, deduzidos pela razão, e que permitem que a liberdade de um conviva com a liberdade dos demais membros da coletividade, segundo uma lei universal”. Ibid. pp. 49-50.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy and Constitution: We the People in Court. *Alberta Law Review*. Alberta, v. XXVIII, n. 2, pp. 328-329, 1990.

propriamente de todos e para todos, que se soma aos mais sensíveis e importantes direitos previstos na Constituição, tendo como defensor e executor principal o Estado.

Assim, percebe-se que o Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucional de Direito⁴⁸ foi fruto de todos os acontecimentos sociais, políticos e jurídicos influenciados não apenas pelo momento do pós-guerra, mas também por toda a evolução do pensamento ao longo dos anos anteriores, como demonstrado. Agora, o Estado é visto como garantidor e executor de políticas sociais – direitos fundamentais sociais – em uma ótica muito mais ligada ao bem-estar geral, levando em consideração não apenas direitos clássicos, mas direitos relacionados à dignidade da pessoa humana.

É interessante perceber-se que novas tendências e ideias nasceram nesse período, sendo bastante positivo do ponto de vista da defesa do ser humano como detentor de direitos mínimos. José Afonso da Silva lembra que

a configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação de status quo.

É um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir⁴⁹.

Se se analisar sob uma perspectiva mais atual, as sociedades em todo o mundo desenvolveram-se de maneira bastante acelerada e, com essa evolução, o nascimento de diversos novos direitos, como também a mudança de perspectivas dos direitos já existentes, ocorreram de forma progressiva. Ao longo dos últimos, depara-se com um mundo cheio de novidades em diversos ramos, tais quais os da ciência, tecnologia, comunicação, ou seja, a população mundial se vê inserida num mundo mais globalizado

⁴⁸ Luís Roberto Barroso destaca as diversas nomenclaturas cabíveis para este momento específico: “A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria”. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 240, p. 3, abr./jun. 2005.

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. Op. cit., 37ª ed. p. 121-122.

e, pode dizer-se, com mais consciência em determinadas áreas, a exemplo da genética, informática e meio ambiente⁵⁰.

Nesse ponto, Vieira de Andrade também aborda o assunto e lembra que, do ponto de vista das relações entre as pessoas, instalou-se uma sociedade de comunicação, referindo-se à acelerada globalização sofrida ao longo dos anos, além de descrever a sociedade atual como “*sociedade de risco*” (Beck) ou até “*sociedade do desaparecimento*” (Breuer). Do ponto de vista político, o autor lusitano ressalta um aspecto bastante importante, que é o papel do Estado como executor dos ditames constitucionais, analisada sob essa nova realidade e evolução ocorrida em todo o mundo:

De um ponto político, afirma-se a *falência do Estado*, sobretudo na dimensão externa, como entidade nacional soberana, perante os fenómenos de “mundialização” ou de “globalização, com a emergência de factos, movimentos e forças transnacionais e multinacionais (informática, telecomunicações, ecologia, pandemias, migrações humanas) e a conseqüente incapacidade de disciplinar e de controlar atividades planetárias e efeitos, que ultrapassam as fronteiras políticas tradicionais e se manifestam na sua forma mais dramática no terrorismo mundial.

Mas a falência da figura estadual também se revela na dimensão interna, seja como forma de organização do poder, perante as dificuldades em representar os cidadãos e grupos e em regular os poderes sociais numa comunidade ultradiversificada e intercultural, seja como Estado-Providência, incapaz de responder às exigências contraditórias de uma sociedade que, por um lado, pretende um elevado nível de bem-estar e segurança contra novos perigos, mas que impõe, ao mesmo tempo, uma privatização das atividades de interesse geral e das formas de intervenção estadual⁵¹.

O processo de globalização e suas as conseqüências no âmbito social foram fatores importantes para a mudança do modo de atuação estatal, bem como do modelo de administração utilizado⁵². A crise do sistema anterior e a necessidade da retirada de determinadas atribuições do Estado da sua execução direta foram fatores que marcaram essa nova fase também. Daí o surgimento do chamado *Neoliberalismo*, que tem como características: privatizações de empresas públicas, transferência total ou parcial de atividades do setor público para o âmbito privado, fortalecimento dos mercados

⁵⁰ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. A autora faz uma análise sobre o *Estado do bem-estar* e o *Estado do início do século XXI*. pp. 97-98; SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. pp. 37 e ss.

⁵¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit. pp. 62-63. Grifou-se.

⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. pp. 105 e ss.

privados, redução do déficit público, entre outras. Nasce, assim, um momento caracterizado pela subsidiariedade da atuação estatal.

Nesse contexto, vale lembrar-se a análise feita por Bobbio sobre as dificuldades relacionadas ao regime democrático, e o faz com base em diversas perspectivas. O autor italiano ressalta que, com a evolução de uma sociedade, o papel do Estado, num regime tido como democrático, é alterado constantemente, tornando cada vez mais difícil o papel daquele de provedor dos diversos direitos constitucionalmente previstos:

Embora prescindindo de contraste, por mim mencionado páginas atrás, entre o que fora concebido como “nobre e elevado” e a “matéria bruta”, o projeto político democrático foi idealizado para uma sociedade muito menos complexa que a de hoje. As promessas não foram cumpridas por causa de obstáculos que não estavam previstos ou que surgiram em decorrência das “transformações” da sociedade civil (neste caso creio que o termo transformação é apropriado)⁵³.

Toda essa evolução é bastante positiva, necessária e natural, afinal as sociedades evoluem ao longo do tempo e é normal que novas necessidades e direitos também as acompanhem. Todavia, os direitos que acompanham essa evolução e que são previstos na maioria dos textos constitucionais em todo o mundo têm como principal executor e defensor o Estado. As políticas públicas de governo detêm, no atual momento, importância ímpar, e todas as ações dos responsáveis políticos, a fim de aplicar o direito ao caso concreto, são vistas como indispensáveis, além de serem fortemente controladas pelos demais poderes.

Entretanto, é importante analisar-se o assunto sob diversas perspectivas, afinal o papel do Estado ganhou, ao longo dos anos, uma importância nunca anteriormente vista, possuindo incumbências tão diversas que não é tarefa fácil enumerá-las. Essa realidade ganha maior impulso pelo fato de que os textos constitucionais, no atual momento, detêm força especial, característica marcante do modelo Neoconstitucional.

⁵³ BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 32. O autor destaca três obstáculos: técnicos, burocrático e de rendimento (pp. 32-34).

1.4. Do Neoconstitucionalismo e da Constitucionalização do Direito Administrativo em uma perspectiva voltada aos Direitos Fundamentais

O termo Neoconstitucionalismo é utilizado pela doutrina para designar a nova era, se assim se pode dizer, do constitucionalismo contemporâneo. O prefixo *neo* refere-se ao *novo* e serve para apontar que se trata de um *novo momento constitucional*, diferente do que se vivenciou até então. Não se trata de um constitucionalismo totalmente isento de relação com o(s) seu(s) predecessor(es), todavia se podem enumerar as diversas novas características desse período.

Nas palavras de Barroso:

*A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política*⁵⁴.

O constitucionalismo moderno, como dito, detém algumas características que foram adquiridas ao longo da história, possuindo íntima relação com os acontecimentos sociais ocorridos ao longo do século XX – destacadamente, o momento pós-Segunda Guerra Mundial. Os anseios daquela época têm origem direta nos sentimentos de perda, desgaste, desumanidade, crueldade, desrespeito a direitos mínimos, sendo impossível enumerá-los por completo. A situação calamitosa em que se encontrava a sociedade em todo o mundo, haja vista que os reflexos da guerra ultrapassam as suas fronteiras, fez surgirem, no âmbito jurídico, novos anseios, que culminaram nessa nova perspectiva do que é justiça e da sua aplicação.

O novo paradigma constitucional difere-se do anterior pela mudança em relação à importância dada à Constituição⁵⁵ e a sua relação com as demais normas. É sabido que, num passado não muito distante, vale lembrar-se, a Constituição não detinha importância especial, nem força normativa quando comparada com as demais

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 3.

⁵⁵ Binenbojm destaca o enfraquecimento da lei como norma jurídica principal pelo próprio desgaste ocorrido com o advento dos diversos textos legais provenientes do momento do Estado Social, momento, este, que como visto, tinha por característica a assunção pelo Estado de todas as necessidades sociais, e por isso a alta produtividade legislativa dessa época: “com a crise do Estado liberal-burguês e advento do Welfare State, assistiu-se a um vertiginoso processo de “inflação legislativa. O Estado, que antes se ausentava do cenário das relações econômicas e privadas, foi convocado a intervir nesta seara, e assim o fez, dentre outras formas, pela edição de normas jurídicas com frequência cada vez maior. Uma das consequências desta volúpia legiferante foi exatamente a desvalorização da lei”. BINENBOJM, Gustavo. Op. cit. p. 62.

normas. Tal não era vista como verdadeira norma jurídica, dotada de imperatividade, e sim como um texto que dispunha de valores políticos. A Constituição era entendida como mera orientadora do legislador, e não deveria servir de base para os aplicadores do direito e magistrados para solução de conflitos. Nesse caso, deveriam eles utilizar a lei como meio de fundamentação⁵⁶.

Entretanto, a evolução natural do pensamento jurídico e a influência dos diversos acontecimentos ocorridos, com destaque às guerras e suas consequências, fizeram com que um novo posicionamento fosse necessário. Assim, a Constituição ganha lugar de destaque nos diversos ordenamentos jurídicos em todo o mundo, além do próprio texto constitucional também ter sofrido alteração considerável, posto que os textos anteriores limitavam-se a tratar da estrutura básica do Estado e dos direitos individuais e políticos, sendo que a partir desse momento, novos direitos foram dispostos, com ênfase aos direitos fundamentais⁵⁷. O reconhecimento e valoração da força normativa da Constituição⁵⁸ representou, de fato, uma revolução.

Sobre o tema, Barroso⁵⁹ observa que:

A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional. No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de

⁵⁶ Gustavo Binbenjy destaca que esse período é chamado de “legicentrismo”, tendo como pressuposto político-filosófico a visão rousseauiana da lei como encarnação da vontade geral do povo: Ibid. pp. 61-62.

⁵⁷ “As Constituições contemporâneas, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, introduziram de forma explícita em seus textos elementos normativos diretamente vinculados a valores - associados, em particular, à dignidade humana e aos direitos fundamentais - ou a opções políticas, gerais (como a redução das desigualdades sociais) e específicas (como a prestação, pelo Estado, de serviços de educação). A introdução desses elementos pode ser compreendida no contexto de uma reação mais ampla a regimes políticos que, ao longo do Século XX, substituíram os ideais iluministas de liberdade e igualdade pela barbárie pura e simples, como ocorreu com o nazismo e o fascismo”. BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 240, pp. 85-86, abr./jun. 2005.

⁵⁸ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 3.

reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988.

Binenbojm chama a atenção para essa supervalorização da Constituição⁶⁰ e, em especial, dos seus princípios – fato, este, bastante interessante e importante nessa mudança de paradigma:

Os princípios constitucionais deixam de ser vistos como meios de integração do Direito, a serem utilizados apenas em casos de lacuna; convertem-se em autênticas normas, situadas, pela sua importância ímpar, no patamar mais elevado da ordem jurídica. O seu alto grau de abstração torna-os, por outro turno, um importante instrumento para dinamizar o ordenamento, conferindo a este a ductibilidade necessária para acomodação de novas demandas que surgem numa sociedade em permanente mudança⁶¹.

Outra importante colaboração dos princípios diz respeito aos princípios incorporarem à ordem jurídica valores diversos e que têm ligação com a defesa de valores humanitários, como a dignidade da pessoa humana, a segurança jurídica, a solidariedade, a igualdade, entre outros, possibilitando verdadeira reaproximação da moral e ética e o direito. Trata-se de uma das características desse novo momento constitucional, dotado de constituições que têm em seus textos diversas disposições relativas a direitos fundamentais, que possuem força e importância nunca antes vistas, que influenciam outros ramos do Direito e servem de parâmetro de legitimidade e legalidade de leis ordinárias.

Ana Paula de Barcelos⁶² enumera as diversas características relacionadas ao movimento do Neoconstitucionalismo com base em dois pontos de vista:

Do ponto de vista metodológico-formal, o constitucionalismo atual opera sobre três premissas fundamentais, das quais depende em boa parte a compreensão dos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos. São elas: (i) a normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade; (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui de Constituições rígidas, portanto); e (iii) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição.

Do ponto de vista material, ao menos dois elementos caracterizam o neoconstitucionalismo e merecem nota: (i) a incorporação explícita de

⁶⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. pp. 70 e ss.

⁶¹ BINENBOJM, Gustavo. Op. cit. p. 64.

⁶² BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit. pp. 84-85.

valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais; e (ii) a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional.

Fica clara a situação de destaque dada à norma constitucional pelos diversos ordenamentos jurídicos em todo o mundo. A influência por ela exercida é quase que total, devendo todos os ramos jurídicos e instituições estatais estar alinhados com os ditames constitucionais, como verdadeiros guias do exercício legítimo do Direito. E, como não poderia ser diferente, a Administração Pública também deve pautar as suas ações em respeito ao que dispõe a carta maior e, em se tratando dos direitos fundamentais especialmente dispostos, deve implementá-los na vida social.

Importante lembrar-se que essa relação de respeito às normas constitucionais, hoje corretamente chamada de juridicidade administrativa⁶³, engloba uma série de outros fatores que, pelo tema aqui tratado, não serão abordados com o devido aprofundamento que merecem. No presente estudo, será traçada uma análise mais relacionada aos direitos fundamentais previstos na Constituição e a relação da administração na sua implementação, levando em conta, e aqui se encontra a grande problemática, o papel do judiciário como defensor da Constituição.

A temática dos direitos fundamentais nunca teve tanta importância e prestígio quanto agora. O sentimento de defesa da pessoa humana por eles gerado é direito e influencia o posicionamento da doutrina e jurisprudência de forma avassaladora. O Estado, como sabido, é o responsável principal da sua aplicação e efetivação, e isso faz com que a carga de responsabilidade seja cada vez maior, posto que são direitos que surgem ao longo da evolução social e das mais diversas formas.

Marçal Justen Filho⁶⁴ define bem essa relação da administração pública e do próprio direito administrativo:

Trata-se de impregnar a atividade administrativa com o espírito da Constituição, de modo a propiciar a realização efetiva dos direitos fundamentais e valores ali consagrados. É fundamental dotar o País de uma constituição, mas isso não basta para produzir um Estado democrático ou a realização dos valores desejados. A transformação

⁶³ “A constitucionalização do direito administrativo convola a legalidade em juridicidade administrativa. A lei deixa de ser o fundamento único e último da atuação da Administração Pública para se tornar apenas um dos princípios do sistema de juridicidade instituído pela Constituição”. BINENBOJM, Gustavo. Op. cit. p. 70.

⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 105.

concreta da realidade social e sua adequação ao modelo constitucional dependem primordialmente do desenvolvimento de atividades administrativas efetivas.

Fica clara a evolução de posicionamento em relação ao papel do Estado como protagonista na execução dos direitos fundamentais, e a força jurídica e política que as normas constitucionais ganharam. Porém, não mais importante, mas interessante, é a evolução do que seria o papel do Poder Judiciário como defensor da Constituição e, por conseguinte, da real aplicação dos seus preceitos.

É a partir dessa realidade pautada na existência dos diversos direitos sociais constitucionalmente previstos, o papel do Estado na execução destes, a sua relação bastante próxima aos ditames constitucionais e o papel do Poder Judiciário como garantidor daqueles que surge a problemática relacionada ao limite do referido controle pelo último. É cediço que o Poder Executivo, por meio das chamadas políticas públicas, é o principal aplicador dos chamados direitos fundamentais sociais, fazendo-o pautado em ações e planejamento voltados à sua implementação.

Todavia, em casos de omissão do Estado, ganha o Judiciário o papel de protagonista na busca da efetivação dos ditos direitos aos cidadãos, sendo essa atuação chamada por alguns de *politização do judiciário* ou *judicialização da política*. Tal atuação é bem aceita no atual momento e muitas vezes vista como necessária, uma vez que se trata de direitos tidos por fundamentais. Não obstante, apesar da importância desse tipo de interferência, e mesmo que se esteja em um momento de supervalorização constitucional, nenhuma atuação é ilimitada e cada Poder é dotado de característica e afazeres próprios, sem falar da *expertise* dos respectivos agentes responsáveis.

É nesse impasse que se desenvolve o raciocínio do capítulo seguinte, levando-se em conta as políticas públicas, os seus executores, o modo pelo qual são realizadas e a possibilidade ou não da interferência do Poder Judiciário na seara da administração pública, quando da fiscalização de omissões, ou, até mesmo, do próprio método escolhido pelos responsáveis estatais na implementação das políticas relacionadas a direitos fundamentais.

Importante lembrar-se que a relação de equilíbrio entre os Poderes deve pautar o sistema jurídico como um todo, sendo o único caminho possível para a harmonia entre eles. O que se pretende é chamar a atenção para o ativismo judicial desmedido,

autoritário e que vai além dos limites, desviando uma autorização legal de atuação em atuação arbitrária e usurpadora frente aos demais poderes e suas funções.

2. DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE GOVERNO E DOS LIMITES À ANÁLISE DE MÉRITO DA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO JUDICIÁRIO

2.1. Das Políticas Públicas

Antes mesmo de se iniciar a análise sobre o controle judicial do processo de formulação e da própria execução de políticas públicas, cabe tratar-se, primeiramente, das políticas públicas em si, as suas características e a relação com a atividade estatal.

A temática das políticas públicas não tem origem no campo do Direito propriamente, sendo, na verdade, oriunda da Ciência Política e da Ciência da Administração Pública⁶⁵. Todavia, é importante analisá-la sob o ponto de vista jurídico, eis que *“o desafio atual é enfrentar o problema da ‘esterilização’ do direito público em sua função de organização das relações entre Estado, Administração Pública e sociedade, processo que resultou do seu distanciamento em relação a uma realidade cambiante e dinâmica”*⁶⁶.

A razão principal desta abordagem tem relação direta com a transformação vivida no século XX, quando as Constituições, influenciadas pelo pensamento da época, introduziram em seus textos os já aqui mencionados direitos sociais. A maneira de sua introdução no campo do Direito, por meio do texto constitucional, e a nítida valorização do último em relação às demais normas, a alteração do papel do Estado, antes abstencionista, para um enfoque mais prestacional, e a função do Judiciário nessa relação entre “Estado-Constituição-sociedade” fizeram com que as políticas públicas ganhassem espaço específico de discussão jurídica.

⁶⁵ 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.

⁶⁶ *Ibid.* p. 2.

Celina Souza⁶⁷, em artigo sobre o assunto, destaca a origem das políticas públicas, da seguinte maneira:

A política pública enquanto área de conhecimento e disciplina acadêmica nasce nos EUA, rompendo ou pulando as etapas seguidas pela tradição europeia de estudos e pesquisas nessa área, que se concentravam, então, mais na análise sobre o Estado e suas instituições do que na produção dos governos. Assim, na Europa, a área de política pública vai surgir como um desdobramento dos trabalhos baseados em teorias explicativas sobre o papel do Estado e de uma das mais importantes instituições do Estado - o governo -, produtor, por excelência, de políticas públicas.

[...]

Na área do governo propriamente dito, a introdução da política pública como ferramenta das decisões do governo é produto da Guerra Fria e da valorização da tecnocracia como forma de enfrentar suas consequências. Seu introdutor no governo dos EUA foi Robert McNamara que estimulou a criação, em 1948, da RAND Corporation, organização não-governamental financiada por recursos públicos e considerada a precursora dos *think tanks*⁶⁸.

A professora Maria Paula Bucci entende que “*a necessidade de compreensão das políticas públicas como categoria jurídica se apresenta à medida que se buscam formas de concretização dos direitos humanos, em particular os direitos sociais*”⁶⁹. A percepção desta nova realidade social e jurídica nascida a partir da mudança de entendimento sobre a sociedade, as suas necessidades e a Constituição como texto maior, é bastante complexa, haja vista que demanda a análise de fatores tais quais a força normativa das normas constitucionais fundamentais, o Estado como seu executor

⁶⁷ SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*. Porto Alegre, a. 8, n. 16, pp. 21-23, jul./dez. 1999. A autora também faz menção aos criadores da área das políticas públicas e explica o trabalho de cada um deles: “*Considera-se que a área de políticas públicas contou com quatro grandes ‘pais’ fundadores: H. Laswell, H. Simon, C. Lindblom e D. Easton*”. (pp. 23-24).

⁶⁸ De acordo com o escritor norte-americano Paul Dickson (1972), *think tanks* podem ser chamados de fábricas de ideias. Também podem ser traduzidos como círculo de reflexão ou laboratório de ideias. *Think*, na língua inglesa significa, em língua portuguesa, *pensar*; já a palavra *tank* corresponde a *tanque*, *reservatório*. Por isso, a expressão *think tank* pode ser traduzida como *grupo de reflexão*, *laboratório/fábrica de ideias*, como mencionado anteriormente. O “2017 Global Go To Index Report” considera *think tanks* como “organizações de análise e compromisso de pesquisa sobre políticas públicas”.

⁶⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. cit. p. 3. A autora faz uma excelente análise sobre as gerações de direitos e a relação de dependência entre elas, destacando que: “já os direitos sociais, típicos do século XX, que aparecem nos textos normativos a partir da Constituição mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar, de 1919 (entre nós, com a Constituição de 1934), são, se assim pode-se dizer, direitos- meio, isto é, direitos cuja principal função é assegurar que toda pessoa tenha condições de gozar os direitos individuais de primeira geração”.

e o Judiciário⁷⁰, que ganha força ímpar neste momento, como guardião da Constituição⁷¹.

É a partir desta relação entre a Constituição, os direitos fundamentais e o Estado, que o papel das políticas públicas se destaca, tendo em vista ser a partir delas que o ente estatal aplica, de fato, as disposições constitucionais relativas aos direitos sociais à população. Apesar da fácil percepção sobre a função de uma política pública, seu entendimento, funcionamento e peculiaridades merecem atenção específica.

Uma definição exata sobre políticas públicas que se amolde a todas as realidades jurídicas é tarefa um tanto difícil, haja vista que depende da análise dos diversos contextos sociais e políticos para a sua aplicação. Ainda assim, merece destaque a seguinte:

Pode-se, então, resumir Política Pública como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real⁷².

Antes de tudo, é importante lembrar-se que as políticas aqui tratadas são aquelas relacionadas à execução de programas governamentais⁷³ que visam à realização de determinados objetivos, podendo definir-se política pública como “*um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito*”⁷⁴.

Nesse sentido, e visando a concretização dos direitos, é natural que o sistema jurídico, levando em conta não somente o texto constitucional, como leis ordinárias,

⁷⁰ Aliás, um ponto interessante nessa mudança de paradigma em relação ao Poder Judiciário aquando do surgimento do constitucionalismo foi a introdução dos Tribunais Constitucionais, sendo pioneiro, neste aspecto, o Tribunal Constitucional Alemão, no ano de 1950.

⁷¹ CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 98.

⁷² SOUZA, Celina. Op. cit. p. 26. A autora também faz referência a diversos outros autores e suas respectivas definições sobre políticas públicas (pp. 24-25).

⁷³ Interessante a distinção entre *politics* e *policy*; o primeiro se refere à atividade política em sentido amplo, já o segundo concerne aos programas governamentais.

⁷⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. cit. p. 14; RODRIGUES, Marta M. Assunção. *Políticas públicas*. São Paulo: Publifolha, 2010. p. 52; SOUZA, Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de. Controle Judicial das Políticas Públicas: perspectiva da hermenêutica filosófica e constitucional. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 5 (número especial), pp. 223-237, 2015.

disponha sobre as políticas públicas e os meios a serem utilizados pelo Estado em sua concretização⁷⁵. Citando a Constituição Portuguesa (CRP/1976), esta dispõe de regras relacionadas às políticas públicas, por exemplo, em seus artigos 90 e seguintes; ou a Constituição do Brasil (CF/1988), nos artigos 182 e seguintes (Política Urbana), 184 e seguintes (Política Agrícola), 194 e seguintes (Seguridade Social) e 196 e seguintes (Saúde). Sendo, naturalmente, um rol não taxativo, tendo em vista que nas diversas realidades jurídicas, incluídas as dos países aqui mencionados, há uma produção normativa bastante acentuada em relação ao funcionamento e execução das diversas políticas públicas.

A título de exemplo, no Brasil podem-se destacar: a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), instituída pela Lei nº 6.938/1981, na medida em que organiza os meios estruturais para se concretizarem os ditames dispostos no artigo 23, VI e VII, e 235 da CF/1988; a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) instituída pela Lei nº 9.433/1997, regulamentando o artigo 21, XIX, da CF/88; a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997) que atribui a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) competência para implementar a Política Nacional de Telecomunicações.

No campo da educação, é interessante destacar-se a Medida Provisória n. 213/2004, convertida na Lei nº 11.096/2005, que instituiu o “Programa Universidade para Todos” (ProUni), concretizando um programa que visa a inclusão de alunos nas universidades, sendo uma política voltada a dar efetividade ao direito social da educação. Já em relação à política urbana, o artigo 182 da CF/88 e a Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade).

No âmbito constitucional⁷⁶, ainda tratando da realidade brasileira, destacam-se: o Capítulo II, das Finanças Públicas, do Título VI, Da Tributação e Orçamento; os

⁷⁵ 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. 14. 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. A autora também menciona o suporte legal das políticas públicas no Brasil (pp. 11 a 14); assim como as políticas públicas no texto constitucional (pp. 14 e seguintes).

⁷⁶ Há ainda política prevista em Emenda Constitucional, a exemplo da EC n. 29/2000 relacionada a saúde; Emenda Constitucional n. 14/96 que criou o FUNDEF (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério); Dallari exemplifica outras espécies normativas no âmbito da legislação brasileira que tratam das políticas públicas, vide pgs. 21 e 22 (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.).

instrumentos orçamentários, como o plano plurianual (PPA), a lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e a lei orçamentária, estando as disposições jurídicas diretamente relacionadas às políticas públicas, tendo em vista delimitarem o modo de planejamento e os limites de execução de uma determinada política a ser implementada, *ipsis litteris* (grifou-se):

Lei 4.320/64:

Art. 2º A Lei do Orçamento conterà a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios de unidade universalidade e anualidade.

Já em relação ao PPA e à LDO, a CF/1988 dispõe o seguinte:

Art. 165:

§ 1º A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

§ 2º A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

Nesse sentido, Dallari Bucci assevera:

A política pública tem um componente de ação estratégica, isto é, incorpora elementos sobre a ação necessária e possível naquele momento determinado, naquele conjunto institucional e projeta-os para o futuro mais próximo. No entanto, há políticas cujo o horizonte temporal é medido em décadas – são as chamadas “políticas de Estado” –, e há outras que se realizam como partes de um programa maior, são as ditas “políticas de governo”⁷⁷.

Percebe-se, então, que o poder público tem a incumbência de, por meio das políticas públicas, aplicar ao caso concreto os diversos direitos sociais dispostos no texto constitucional, e esse sistema de execução de medidas-fim se dá com base em disposições que levam em conta fatores como as necessidades da sociedade no caso concreto, os planos orçamentários, os limites financeiros, a legislação pertinente, as

⁷⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. cit. p. 19.

condições financeiras do ente executor, entre outros fatores que estão por detrás da efetivação e uma política pública⁷⁸.

Entre os diversos modelos⁷⁹ relativos à implementação das políticas públicas, ressaltam-se os que tiveram influência do “novo gerencialismo público” ou pelo ajuste fiscal (política restritiva de gastos), sendo certo que, após “*adotada por vários governos, novos formatos foram introduzidos nas políticas públicas, todos voltados para a busca da eficiência*”⁸⁰. E, nesse ímpeto de eficiência e maior efetividade das políticas públicas, sobressai a questão não só da eficiência em si, mas da racionalidade das políticas públicas, desencadeando fenômenos como a desregulamentação, privatização e reformas do sistema social.

Interessante lembrar-se que, nesse processo de desenvolvimento das políticas públicas, o elemento relacionado à credibilidade destas também ganhou importância significativa, com ele vindo à tona um dos assuntos que mais geram debates nos ambientes jurídico e político, a saber, a discricionariedade dos decisores políticos quanto à aplicação ou não de determinadas políticas públicas e o método utilizado para tanto, em detrimento dos variados direitos sociais previstos no texto constitucional.

Nesse momento, depara-se com o objeto principal deste trabalho, qual seja, o limite de atuação do Poder Judiciário como guardião da efetividade das normas constitucionais e o poder de escolha do governante (poder executivo) no momento da análise e execução de determinados direitos sociais ao caso concreto. Será mesmo ilimitado o poder dos juízes quando da defesa dos direitos sociais?

Essa nova realidade, percebida com mais intensidade em países em desenvolvimento, a exemplo do Brasil, onde há uma crise de aplicação de direitos fundamentais sociais, muitas vezes atribuída a fatores como corrupção, desorganização das instituições ou, até mesmo, falta de um aparato legislativo mais intenso, vê-se um Judiciário que, de fato, faz as vestes de agente político, atuando como administrador público na escolha das políticas necessárias e dos sujeitos que devem ser beneficiados.

Entretanto, ocorre que, relativamente a este tipo de atuação específica, faltam ao Judiciário fatores como *expertise* sobre o assunto e ciência da realidade

⁷⁸ Para a diferença entre *Políticas de Estado* e *Políticas de Governo*: BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. cit. pp. 18-20.

⁷⁹ SOUZA, Celina. Op. cit. pp. 28-33; a autora faz excelente abordagem acerca dos diversos modelos de implementação das políticas públicas.

⁸⁰ Ibid. p. 34.

financeira/orçamentária do determinado Estado, bem como legitimidade. O referido Poder amplia os limites de sua própria competência (ativismo competencial) e/ou alarga a eficácia de suas decisões (ativismo eficaz)⁸¹, sem ter mesmo legitimidade para tanto.

As normas constitucionais e, em especial, os direitos fundamentais, sem dúvida, têm grande força e devem ser respeitados e aplicados ao caso concreto o máximo possível, ante a impossibilidade de se aplicarem todos os direitos de maneira completa, ampla e perfeita⁸². É verdade, outrossim, que o Judiciário não pode abster-se em casos de violação ou não aplicação dessas normas. Todavia, o que chama a atenção, e agora se parte para uma análise não só da aplicabilidade de normas, mas da possibilidade de aplicação, dos meios de aplicação e dos legitimados para tanto, é a invasão dos limites mínimos de competência e atuação pelo Judiciário em relação ao exercício do Executivo, e o nítido desrespeito ao princípio basilar de qualquer democracia, o da Separação de Poderes.

A crise vista hoje no ambiente político/jurídico de diversos países em relação à aplicação desses direitos está relacionada com uma série motivos que envolvem não só a crise política proveniente da corrupção ou falta de representatividade, mas com fatores ligados à própria execução dos diversos direitos sociais previstos e que, como a execução de qualquer direito, requer além de recursos financeiros – direitos não nascem de árvores⁸³ –, organização e planejamento, os responsáveis por sua implementação, muitas vezes, se deparam com situações delicadas próprias do ambiente político, além das criadas por essa atividade que extrapola os limites do razoável, denominada, pela doutrina, de “ativismo judicial” ou “politização da justiça”⁸⁴.

⁸¹ PINTO, Hélio Pinheiro *apud* CORREIA, Fernando Alves. Op. cit. p. 109.

⁸² NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit. p. 275. O autor destaca a reserva de possibilidade a que os direitos fundamentais, com alguma ressalva, estão sujeitos, podendo estes ceder perante o maior peso que, no caso concreto, apresentem outros direitos, deveres, bens e valores ou interesses igualmente dignos de proteção jurídica.

⁸³ Cf. GALDINO, Flávio. Op. cit.

⁸⁴ CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2016. pp.108-109.

3. DOS LIMITES A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EXECUTORIEDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER EXECUTIVO. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO LIMITADOR

3.1. Dos Limites ao Ativismo Judicial em matéria de Políticas Públicas

Neste momento, o trabalho abordará o fenômeno do “ativismo judicial”⁸⁵ em matéria de políticas públicas ou, como muitos denominam, a “politização da justiça”, porém tecendo um paralelo com o princípio da separação de poderes, como limite dessa atuação. A abordagem será feita mediante a análise do instituto não a partir de uma visão puramente negativa de sua possibilidade, mas, antes, a intenção é destacar-se o modo como isso vem sendo aplicado em determinados ordenamentos jurídicos.

Nesse sentido, Dallari Bucci, tratando do controle judicial de políticas públicas, destaca que a problemática pode ser analisada mediante duas perspectivas, dentre elas a abordada deste trabalho referente ao princípio da separação dos poderes, vejamos.

A segunda ordem de questões é de cunho jurídico-institucional e decorre do problema da separação dos poderes. Uma vez que a política pública é expressão de um programa de ação governamental, que dispõe sobre meios de atuação do Poder Público – e portanto, com grande relevo para a discricionariedade administrativa, amparada pela legitimidade da investidura do governante ao poder-, como pode, e até que ponto, o Poder Judiciário apreciar determinada política pública sem que isso represente invasão indevida na esfera própria da atividade política do governo?⁸⁶

Ademais, não se pode olvidar um fator citado por diversos autores ao abordarem o tema, que é a falibilidade da figura do juiz, também sujeito passível de cometer erros, tais quais o próprio ato de corrupção. É bastante comum que a sociedade veja no juiz alguém correto em sua totalidade, defensor da lei e da moral, perfeito no

⁸⁵ Fernando Alves Correia chama a atenção para a origem da expressão “ativismo judicial” (judicial activism) e diz que a mesma foi utilizada, pela primeira vez, não por uma jurista, nem num artigo de uma revista jurídica, mas por um não-jurista, num artigo de uma revista popular, destinado ao grande público, escrito pelo cidadão norte-americano Arthur Schlesinger Jr. (CORREIA, Fernando Alves. Op. cit. p. 108).

⁸⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. cit. p. 23.

trabalho que executa⁸⁷. Todavia, como qualquer ser humano, a exemplo dos titulares dos demais poderes, os juízes também podem cometer erros e, caso não analisem com cautela as diversas situações que envolvem o tema em pauta, ou seja, a aplicabilidade dos direitos sociais, provavelmente não obterão êxito em seu propósito.

É importante que o próprio magistrado, baseado nos limites constitucionais de competência, nos ditames dos princípios da separação dos poderes, proporcionalidade, razoabilidade, tenha uma atitude de autocontenção⁸⁸ em relação ao ímpeto de fazer valer os direitos sociais a todo custo, sem refletir sobre os diversos aspectos que envolvem a aplicação de uma política pública. O ofício de um titular do executivo é bastante diferenciado, o mesmo deve pautar suas atitudes na busca da efetividade dos direitos com cautela, levando em conta inúmeros fatores. Todo esse processo vai muito além da simples execução do que dispõe a letra fria das normas constitucionais, diz respeito a toda organização política e orçamentária de um país.⁸⁹

O juiz federal Eduardo Appio⁹⁰ faz uma interessante ressalva:

Um governo de juízes seria de todo lamentável, não pelo simples fato de que não tenham sido eleitos para gerirem a máquina administrativa ou para inovarem no ordenamento jurídico, mas pela simples razão de que não detém mandato fixo (...)

⁸⁷ Deilton Ribeiro Brasil em sua obra “Ativismo Judicial e Direitos Fundamentais” faz uma análise em relação à obra de Garapon intitulada *O Juiz e a Democracia: o guardador de promessas* e destaca que “o Estado moderno passa por profundas transformações nas esferas política e social, culminando num processo de descrença das instituições políticas [...] a consequência é a despolíticação do sujeito e sua fragilidade perante a complexidade da vida moderna. Ocorre a transferência das expectativas frustradas para o Judiciário, instância possibilitadora de resgate dos ideais de justiça”. BRASIL, Dailton Ribeiro. *Ativismo Judicial e Direitos Fundamentais: leituras em Garapon e Ricour*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 38.

⁸⁸ Autocontenção do Judiciário ou judicial self-restraint. Cf. POSNER, Richard A. *The Essential Holmes: selections from the letters, speeches, judicial opinions, and others writings of Oliver Wendell Holmes*. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1992. p. XII.

Cf. CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. *Outros Limites ao Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. in *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas/ coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe*. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 629 e seguintes.

⁸⁹ Sobre o assunto, Pedro Costa Gonçalves faz uma análise sobre a governação da Administração Pública e destaca que: “(...) distinguir e separar uma tarefa de direção política (de “indirizzo”), consistente na definição, por agentes políticos, das missões, das prioridades, dos programas de ação, dos objetivos e das metas das organizações administrativas, incluindo a verificação a verificação ou o controle sobre o grau de realização dos resultados pretendidos, por um lado, e uma tarefa de gestão, desenvolvida por gestores e dirigentes administrativos, consiste na identificação e na seleção, com autonomia e responsabilidade, dos meios mais eficazes, eficientes e econômicos para atingir os objetivos identificados, por outro lado. (GONÇALVES, Pedro Costa. *O Governo da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 12).

⁹⁰ APPIO, Eduardo. *A Discricionabilidade política do poder judiciário*. Curitiba: Juruá, 2006.

Não há qualquer garantia de que um governo de juízes seria moralmente superior ao de representantes eleitos, na medida em que os valores e princípios constitucionais são maleáveis por conta de sua textura aberta, permitindo uma interpretação muito ampla acerca do seu conteúdo, o que poderia conduzir à prevalência dos interesses do Poder Judiciário enquanto grupo político, e não os interesses reais dos cidadãos.

Esta pequena observação foi apenas para se chamar a atenção no sentido de que, no momento, o Judiciário tem força bastante significativa nessa busca pela aplicabilidade das normas constitucionais, sendo aconselhável, mais uma vez, que os seus titulares ajam com bastante prudência, principalmente em relação ao respeito aos limites dos demais Poderes. Lembra-se que, como dito, serão abordados, ainda que de forma superficial, os demais fatores relacionados a esse limite de atuação – o princípio da separação de poderes e as respectivas funções do Estado, repita-se, serão o foco principal.

Deilton Brasil, em análise da obra de Antoine Garapon, faz a seguinte observação, ao analisar essa nova realidade social, política e jurídica em torno da atuação mais ativa do Judiciário:

é com a própria transformação da democracia que é preciso interligar a transformação do papel do juiz na sociedade hodierna. É necessário, portanto, atender às razões de deslegitimação do Estado para explicar aquilo que se produz, antes de mais, como uma inflação judicial. O debate entre justiça e política dá origem a uma inquietante relação triangular: “despolitização, judicialização e fragilidade”.

Para Garapon, procura-se no juiz não somente o jurista ou a figura do árbitro, mas também do conciliador, o apaziguador das relações sociais e até mesmo o animador de uma política pública como em matéria de prevenção e delinquência.⁹¹

Percebe-se que a figura do juiz está no centro desse grande debate político-jurídico em torno da efetivação das políticas públicas. O tema tem despertado a atenção dos estudiosos do Direito pela sua complexidade e delicadeza, convivendo no mesmo espaço o regime democrático, os direitos sociais, o mínimo existencial, o Estado e o Poder Judiciário. Cumpre ressaltar-se que, como bem lembrou Maria Paula Dallari

⁹¹ BRASIL, Deilton Ribeiro. *Ativismo Judicial e direitos fundamentais: leituras em Garapon e Ricoeur*. Curitiba: Juruá Editora, 2014. pp. 38 e 39.

Bucci: “a atuação judicial na conformação das políticas públicas cabe, em regra, ao Poder Executivo, dentro de marcos definidos pelo Poder Legislativo”⁹².

Nessa problemática, vêm à tona diversos fatores relacionados ao tema e que, de fato, são limitadores da atuação do Poder Judiciário na análise da execução de políticas públicas, destacando-se a competência, a análise orçamentária – direitos têm custos ⁹³–, o planejamento, razoabilidade ⁹⁴, a falta de expertise do juiz e a própria discricionariedade dos atos administrativos⁹⁵. A reserva do possível⁹⁶, argumento bastante utilizado no assunto quando da análise da relação entre a possibilidade jurídica e econômica da aplicação ou não de determinada política e o orçamento estatal, é fator que não pode ser ignorado⁹⁷.

Maria Paula Dallari⁹⁸ resume bem esse cenário da seguinte maneira:

A questão se coloca sob o prisma da “reserva do possível”, já identificada na jurisprudência constitucional alemã, que nada mais expressa senão o fato de que os direitos sociais têm custos e que, no limite, pode haver concorrência pelo atendimento de direitos. A pulverização dos conflitos na arena judicial, mesmo quando agregados os interesses coletivos sob a representação processual do Ministério Público, não impede que ocorra, de modo desordenado e sem uma racionalidade explícita e consciente, uma seleção de prioridades,

⁹² BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. cit. p. 22.

⁹³ Cf. GALDINO, Flávio. Legitimação dos Direitos Humanos: o custo dos direitos. Org. Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. O autor destaca que os direitos não nascem em árvores.

⁹⁴ Nesse aspecto Ada Pellegrini Grinover destaca que “a intervenção judicial nas políticas públicas só poderá ocorrer em situações em que ficar demonstrada a irrazoabilidade do ato discricionário praticado pelo Poder Público, devendo o juiz pautar sua análise em atenção ao princípio da proporcionalidade”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. – 2 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 315).

⁹⁵ Cf. QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Estudos de Direito Público. Vol.1. Dissertações. Universidade de Coimbra, 1989. p. 83. O autor discorre sobre o Estado- Polícia, Estado de Direito e Poder Discricionário.

⁹⁶ JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A Reserva do Possível: Obrigação de Previsão Orçamentária e de Aplicação de Verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 550.

⁹⁷ Cf. COSTA, Susana Henriques da. O Poder Judiciário no Controle de Políticas Públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal. In O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. – 2 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 1010. A autora delimita os diversos argumentos a favor da limitação do poder judiciário em relação ao controle de políticas públicas.

⁹⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. cit. p. 36.

segundo as condições concretas de cada grupo de interesse de se fazer defender perante o Poder Judiciário.

O efeito indesejado que pode decorrer desse fato é o deslocamento (e desorganização) do processo de seleção de prioridades e reserva de meios, cerne da construção de qualquer política pública, dos Poderes Executivo e Legislativo, onde se elabora o planejamento e se define, como consequência, o orçamento público, segundo uma ótica global, para o contexto isolado de cada demanda judicial, cuja perspectiva, mesmo nas ações coletivas, é do indivíduo ou grupo de indivíduos (ou talvez de uma comunidade, mas nunca ou quase nunca com a mesma abrangência das leis orçamentárias, de âmbito municipal, estadual e federal).

(Grifou-se)

Em relação a reserva do possível, Novais⁹⁹:

os deveres de proteção exigem, eventualmente, prestações materiais, fácticas, mas também se realizam, sobretudo, através de prestações normativas, através da criação de lei ou norma de proteção, já os deveres de promoção do acesso individual a bens jusfundamentais se traduzem quase sempre na necessidade de prestações fácticas que, designadamente no caso de acesso a bens sociais, representam um custo financeiro significativo, ou seja, não são independentes das disponibilidades financeiras do Estado.

Outro fator bastante citado é a falta de legitimidade dos titulares do poder judiciário na análise específica de políticas públicas, tendo em vista que não foram democraticamente eleitos, ou, a falta de expertise dos mesmos quando do manuseio da máquina pública e da efetivação dos direitos sociais por meio das diversas políticas públicas. Daí percebe-se a dificuldade de se chegar a um consenso nesse assunto.

Porém, de todos os possíveis fatores que limitam a atuação intensa e, muitas vezes, desarrazoada do judiciário, o que mais se relaciona com momento político em

⁹⁹ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. 1 ed. Coimbra Editora, 2010. p. 278.

que nos encontramos é, de fato, o desrespeito ao princípio basilar de toda democracia¹⁰⁰: o princípio da separação dos poderes. O mesmo não é apenas um instrumento que impede a concentração de um poder nas mãos de um só poder – concentração que seria perigosa para a democracia-, mas também é garantia da regularidade e funcionamento dos diferentes órgãos¹⁰¹.

Seguindo a problemática, Jorge Reis Novais observa que:

(...) o poder judicial, se bem que esteja obrigado a controlar a observância do dever estatal de proteção dos direitos fundamentais, não é instância mais adequada, em Estado de Direito democrático, para se embrenhar naquela discussão nem a mais funcionalmente apta a tomar as decisões mais avisadas. Para além disso, os órgãos públicos têm, neste domínio, uma competência própria que lhes advém, precisamente, da legitimidade da escolha popular democrática feita, em grande medida, para a tomada de decisões políticas deste tipo. Assim, não é apenas um problema de adequação funcional, mas também, a ela associado, um problema de separação de poderes¹⁰².

(Grifou-se)

O juiz federal Eduardo Appio¹⁰³ chama a atenção para o assunto levando em consideração o fato de que o administrador público foi eleito e tem legitimidade democrática para analisar e implementar políticas públicas, e destaca a falta de responsabilidade política do juiz em caso de erros. Vejamos.

¹⁰⁰ Interessante o que dispõe John Hart Ely: "Direct judicial concern with identifying illicit legislative and administrative motive is the tool by which the psychology of decision is to be reviewed. In the equal protection context, the suspect class designation is the judicial device expressive of that tool." It is not, however, substantive legislative results with which the review of psychology of decision is concerned. A "wrong result" analysis implicates our problems with judicial overruling of the political process because it suggests precisely a concern with substance." Rather, it is the process of decision-its trustworthiness in the sense that prejudice has not caused it to malfunction-that Ely thinks is the appropriate target of judicial analysis". (ELY, John Hart. Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review. Paul N. Cox. Valparaiso University Law Review, 1981. p. 641). Cf. Ronald Dworkin e Jürgen Habermas sobre o assunto.

¹⁰¹ KELSEN, Hans. apud CORREIA, Fernando Alves. Justiça Constitucional. Coimbra: Almedina, 2016. p. 99.

¹⁰² NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. 1 ed. Coimbra Editora, 2010. p. 277.

¹⁰³ APPIO, Eduardo Fernando. O Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina. pp. 177 e 178.

Todavia, a situação é totalmente distinta nos demais casos, quando então a própria escolha de uma política pública dependerá de uma avaliação política dos governos eleitos e que certamente implicará a exclusão dos interesses de um determinado grupo. Ao escolher construir um hospital ao invés de uma escola, certamente que um governo eleito terá de fazer uma opção a partir de critérios políticos que também tomem em consideração os dados técnicos sobre a prioridade a ser dado às obras. Esta escolha depende, portanto, de um ato de discricionariedade política, nos casos em que a Constituição não preveja, de modo expresso, a construção de uma determinada obra ou a prestação de um serviço específico.

O conteúdo das políticas públicas depende, portanto, de uma avaliação prospectiva acerca dos efeitos sociais que serão causados pela atuação estatal, o que, em boa parte dos casos não pode ser deduzido a partir de dados técnicos, dada a complexidade do tema e a própria velocidade com a qual as variantes desta equação são alteradas na economia contemporânea. Submeter esta sorte de tarefa à atividade judicial – mormente em se considerando que os juízes não terão responsabilidade política por seus erros, ou seja, apesar dos danos que venham a causar à população, permanecerão vitaliciamente em seus cargos – revela-se incompatível com a democracia.

(Grifou-se)

Jorge Reis Novais¹⁰⁴ faz uma interessante observação em relação ao dever de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais, chamando a atenção para a necessidade do juiz em respeitar os limites de análise próprios do órgão político, tendo em vista que:

quando se trata de saber a quem deve caber a decisão sobre a melhor forma ou modalidade de proteger o direito em questão, se ao legislador (ao poder político), se ao juiz, parece que, em Estado de Direito Democrático, se deve reconhecer aos órgãos políticos democraticamente legitimados, eleitos precisamente para decidirem, entre outras, este tipo de questões, uma certa margem o controlo

¹⁰⁴ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais e a Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático. Coimbra Editora, 2012. p. 94.

judicial, se bem que presente, deve ser mais condescendente. Dizemos, então, que o dever estatal em causa, o dever de proteção (ou o direito correspondente, o direito a obter proteção) estão sob uma reserva do politicamente oportuno ou do politicamente adequado que enfraquece a intensidade do controlo judicial, na medida em que deva reconhecer ao órgão político respectivo uma correspondente margem de escolha e decisão sobre o meio, a modalidade, o tempo, que considere politicamente mais adequados ou oportunos para prover a devida protecção.

Por outro lado, se deve atentar para o fato de que o poder judiciário deve atuar na análise de políticas públicas quando o faz com base nos ditames constitucionais e legais previstos expressamente, ou seja, quando a lei de fato dispuser sobre o meio a ser seguido para determinadas políticas públicas, o mínimo que deve ser implementado, ou algum método específico. Neste caso, a figura do juiz como aplicador da lei é legítima¹⁰⁵.

Nesse sentido, Novais¹⁰⁶:

(...) os direitos a proteção ou o cumprimento dos correlativos deveres estatais de proteção estão sujeitos a uma reserva do politicamente adequado e oportuno, que confere aos órgãos do poder público uma prerrogativa de avaliação só infirmável e controlável pelo poder judicial quando há um conteúdo suficientemente determinado de proteção devida que se retira da norma jusfundamental ou quando a proteção prestada ficou aquém de um patamar mínimo de proteção exigível, se se quiser, quando há lesão do direito fundamental desprotegido ou insuficientemente protegido por facto de o poder público em omissão ter violado o princípio da proibição do défice..

Tendo em conta que, em grande parte dos casos de proteção contra ameaças provindas de outros particulares, elas e faz também à custa da afectação negativa de direitos e liberdades fundamentais desses outros particulares, não é possível determinar as exigências precisas daquele princípio da proibição do défice neste domínio, a não ser uma

¹⁰⁵ Cf. GÜNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no Direito e na Moral. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004. p. 115.

¹⁰⁶ NOVAIS, Jorge Reis. Op. Cit.. p. 94.

avaliação de caso concreto que tenha em conta a premência de proteção do bem em causa, a probabilidade e intensidade da ameaça que sobre ele impende, as condições e recursos próprios de defesa do titular do direito fundamental e a afectação negativa que a medida de proteção projecta restritivamente sobre os direitos dos outros particulares.

É importante entender que nos casos de atos puramente de análise política, em que o administrador público exerce de fato o poder a ele conferido de gerenciar as políticas públicas necessárias, analisar as prioridades, seguir um plano de governo para aplicação das mesmas (projeto e planejamento orçamentários, preferências de execução, disponibilidade financeira), o poder judiciário não pode intervir, sob pena de invadir o núcleo essencial próprio do Poder Executivo.

No Brasil, o STJ (Superior Tribunal de Justiça) chama a atenção para essa invasão de competência no AgRg na SLS 1.276/RJ, Corte Especial, trecho do voto do rel. Min. Ari Pargendler, j. 28.10.2010, DJe 19.11.2010:

A decisão que antecipou os efeitos da tutela incorre no que a lei denomina de ‘flagrante ilegitimidade’, porque o Poder Judiciário não deve, sob o fundamento de atendimento inadequado nos núcleos de abrigo, *intervir na administração do prefeito e da Câmara Municipal, determinando a contratação de servidores em caráter precário e a instauração de concurso público para cargos públicos sem que existam vagas a serem preenchidas.*

(Grifou-se)

Outra decisão importante é a tida pelo STF (Supremo Tribunal Federal) na STA 335/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, j. 12.06.2009, DJe 23.06.2009:

Desse modo, a decisão impugnada resvalou no subjetivismo, invadindo o âmbito da discricionariedade legislativa e administrativa, impondo providência diversa da legalmente determinada e adotada pela Administração, sem justificar concretamente o porquê dessa medida (...).

Merece destaque a decisão tida no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 410.715-5¹⁰⁷, onde são abordadas questões relativas a limitação do poder judiciário em relação ao poder discricionário do Executivo, separação dos poderes e as limitações financeiras para a implementação dos direitos:

Importam na situação de atendimento organizado a centenas de crianças a qualidade, a segurança e a proteção, dentro da razoabilidade que o orçamento público permite.

(...) considerando a enorme demanda de crianças carentes de creches ou pré-escola no âmbito do Município, e considerando que as instituições de ensino público em funcionamento abrigam crianças matriculadas muito acima do limite de vagas e da capacidade das salas de aulas, em razão de dezenas de liminares judiciais, obviamente, há grande comprometimento do erário, de ordem administrativa, da qualidade de ensino e da educação transmitida aos abrigados.

Os deferimentos das medidas liminares e das r. sentenças obrigando as matrículas das crianças em creches, adequando o Estatuto da Criança e do Adolescente à realidade fática, não pode vigorar, pois essa disposição configura indevida ingerência do poder Judiciário no poder discricionário do Executivo, o que difere do poder jurisdicional daquele em analisar a legalidade dos atos administrativos praticados pela administração.

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial- a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, como adverte a doutrina, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

(Grifou-se)

¹⁰⁷ Cf. RE 436.996 – AgRg/Sp; Cf. RE 684.612 Relatora Ministra Carmen Lúcia (DJe 06/12/2014) com Repercussão Geral no STF; Recurso Extraordinário n. 566.471, Relator Ministro Marco Aurélio, Tema 6, DJe 6.12.2007; Recurso Extraordinário n. 592.581, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tema 220, DJe 19.11.2009; Recurso Extraordinário n. 607.582, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Tema 289, DJe 26.8.2010; Recurso Extraordinário n. 657.718, Relator Ministro Marco Aurélio, Tema 500, DJe 9.3.2012.

Uma decisão do STF (Recurso extraordinário n. 627189, relator Ministro Dias Toffoli. Repercussão Geral. Dje 03.4.2017) que chama atenção pelo fato de tratar sobre políticas públicas e direito ambiental, destaca o limite que o Poder Judiciário deve respeitar em relação ao tema, vejamos um trecho da decisão:

Não há vedação para o controle jurisdicional das políticas públicas sobre a aplicação do princípio da precaução, desde que a decisão judicial não se afaste da análise formal dos limites desses parâmetros e que privilegie a opção democrática das escolhas discricionárias feitas pelo legislador e pela Administração Pública. 4. Por ora, não existem fundamentos fáticos ou jurídicos a obrigar as concessionárias de energia elétrica a reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão de energia elétrica abaixo do patamar legal fixado. 5. Por força da repercussão geral, é fixada a seguinte tese: no atual estágio do conhecimento científico, que indica ser incerta a existência de efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica, não existem impedimentos, por ora, a que sejam adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial de Saúde, conforme estabelece a Lei nº 11.934/2009. 6. Recurso extraordinário provido para o fim de julgar improcedentes ambas as ações civis públicas, sem a fixação de verbas de sucumbência.

(Grifou-se)

Interessante que, mesmo a autora Ada Pellegrini Grinover¹⁰⁸, em defesa do controle judicial de políticas públicas, faz uma ressalva em relação ao excesso que nos deparamos e que é objeto central desse trabalho, nos termos seguintes:

Tome-se o exemplo da saúde: uma política pública razoável (e, portanto, adequada) deve propiciar o atendimento do maior número de

¹⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. – 2 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 319.

pessoas com o mesmo volume de recursos. Merecem críticas, portanto – por não atender ao requisito da razoabilidade-, alguns julgados, em demandas individuais, que concedem ao autor tratamentos caríssimos no exterior, ou a aquisição de remédios experimentais que sequer foram liberados no Brasil. Não se trata, nesses aspectos, de corrigir uma política pública de saúde, que esteja equivocada. E não se pode onerar o erário público, sem a observância da reserva do possível.

O aspecto mais importante a ser analisado e entendido por meio dessa narrativa são os papéis exercidos por todos os poderes, como esferas que não trabalham separadamente, mas, antes, em conjunto. São forças que se unem para um único propósito, qual seja, o equilíbrio e bem estar social. O autor Oswaldo Canela Junior chama atenção para este fato e dispõe que:

Por política estatal – ou políticas públicas- entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam a realização dos fins primordiais do Estado¹⁰⁹.

Ana Paula Barcellos¹¹⁰ conclui de maneira bastante coerente sobre toda essa problemática envolvendo as políticas públicas e a atuação do poder judiciário em favor da efetivação dos direitos fundamentais. Vejamos.

A construção do controle das políticas públicas depende do desenvolvimento teórico de três temas: (i) a identificação dos parâmetros de controle; (ii) a garantia de acesso à informação; e (iii) a elaboração dos instrumentos de controle. Assim, em primeiro lugar, é preciso definir, a partir das disposições constitucionais que tratam da dignidade humana e dos direitos fundamentais, o que o Poder Público está efetiva e especificamente obrigado a fazer em caráter prioritário; isto é, trata-se de construir parâmetros constitucionais que viabilizem o controle. O segundo tema diz respeito à obtenção de informação

¹⁰⁹ CANELA JÚNIOR, Oswaldo. A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo poder judiciário. Inédito. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

¹¹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit. p. 103.

acerca dos recursos públicos disponíveis, da previsão orçamentária e da execução orçamentária. O terceiro tema, por sua vez, envolve o desenvolvimento de consequências jurídicas a serem aplicadas na hipótese de violação dos parâmetros construídos, seja para impor sua observância, para punir o infrator ou para impedir que atos praticados em violação dos parâmetros produzam efeitos.

O que se pretende alertar e evitar é o que se poderia chamar de “messianismo jurídico”,¹¹¹ exatamente por conta do ambiente político e social, em especial, dos países em desenvolvimento. A frustração e a impotência com o ritmo e os frutos do processo democrático ordinário podem conduzir ao desprezo, ainda que velado, por esse processo. Vale lembrar que o direito constitucional e a política majoritária são fenômenos diversos.

Não há necessidade de escolha entre dois extremos, não existem apenas duas opções radicais, controle total pelo judiciário das políticas públicas ou sua absoluta ausência. Tal controle tem legitimidade e é importante, principalmente, no atual momento. Porém, se exercido de maneira ilimitada, desarrazoada e além dos ditames especificados na Constituição e seus princípios basilares, em especial o da Separação dos Poderes, tende a ser uma atitude extremamente abusiva e, infelizmente, prejudicial a democracia e a própria implementação dos direitos fundamentais.

3.2. DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

3.2.1. Breves comentários sobre suas origens remotas

A doutrina da separação de poderes tem como origem remota as ideias levantadas na Grécia e Roma Antigas, as quais podem ser perfeitamente vivenciadas no atual Estado Constitucional de Direito. Desde a Antiguidade Clássica é corrente o entendimento sobre a necessidade de limitação do poder político e, como bem destaca Nuno Piçarra¹¹², citando Max Imboden e Themistokles Tsatsos:

Remontam a Grécia e a Roma antigas algumas das ideias que vieram a encontrar a sua expressão institucional mais perfeita no moderno

¹¹¹ Expressão utilizada no livro “Resistência ao Golpe de 2016” de Carol Proner, Giselle Cittadino e Marcio Tenenbaum e Wilson Ramos Filho. (PRONER, Carol; CITTADINO, Giselle; TENENBAUM, Marcio; FILHO, Wilson Ramos. A Resistência ao Golpe de 2016. Projeto Editorial Praxis, 2016).

¹¹² PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. pp.31-32.

Estado Constitucional e que poderiam ser designadas por “axiomas fundamentais da ideia ocidental de Estado”, contraposta, desde sempre, ao despotismo oriental. São vários esses axiomas:

- 1- O poder político deve emanar de uma estrutura institucional objetiva e não imediatamente da vontade de homens. Entre estes e o poder deve interpor-se sempre a instituição.
- 2- Essa estrutura institucional deve ser diferenciada, compósita e não monolítica ou uniforme, tanto do ponto de vista orgânico como do ponto de vista funcional.
- 3- Essa estrutura institucional deve ser juridicamente conformada e sua actuação deve fazer-se de acordo com a lei.
- 4- Essa estrutura institucional deve ser tanto quanto possível estável. Para isso tem que ser “local de mistura” das várias classes sociais, portadoras de interesses conflitantes. Estas devem ter acesso equilibrado aos órgãos ou magistraturas de que aquela se compõe, de modo a poderem participar globalmente no exercício do poder político.

Os axiomas *supra* demonstram importantes lições em relação ao poder político e sua estruturação ideal, destacando pontos marcantes que influenciaram o atual entendimento sobre o tema, a exemplo da importância do poder político emanar de uma estrutura institucionalizada, de tal estrutura agir em conformidade com a lei e de ela primar pela estabilidade, ou melhor dizendo, harmonia.

A política feita por diferentes agentes e através de uma determinada estrutura (instituição), para que alcance a sua finalidade final de maneira eficiente, pacífica e justa, deve ter como base o equilíbrio entre as diversas atuações dos ditos agentes, de modo que o exercício do poder político seja exercido por todos e no interesse de todos.

Nesse aspecto, é importante lembrar-se um ponto crucial da visão aristotélica sobre a política, cidade e cidadãos, segundo o qual a atividade do político e do legislador está relacionada com a cidade, onde um determinado regime político existe para ordenar os habitantes da cidade, e destaca de maneira singular a importância de se estudar com mais profundidade sobre o cidadão e suas peculiaridades: “*Ora, não há melhor critério para definir o que é o cidadão, em sentido estrito, do que entender a cidadania como capacidade de participar na administração da justiça e no governo*”¹¹³.

Aristóteles chama a atenção para o entendimento sobre a política, seus agentes e a justiça ou injustiça que evidenciam a governação, discriminando, para tanto, seis formas de governo, respectivamente: monarquia, aristocracia, república, tirania,

¹¹³ ARISTÓTELES. *Política*. Trad. António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Lisboa: Vega, 1998. p. 187.

oligarquia e democracia¹¹⁴. E, em análise subsequente, ressalta que todos os regimes se constituem de três partes, as quais devem estar bem estabelecidas e harmônicas, papel, este, que incumbe ao legislador¹¹⁵. Nas palavras do filósofo:

Uma dessas partes relaciona-se com a deliberação sobre assuntos que dizem respeito a comunidade. A segunda é a que se refere às magistraturas (ou seja, por um lado, quais as magistraturas e sobre que assuntos devem ter autoridade; por outro, de que lado, quais as magistraturas e sobre os assuntos devem ter autoridade; por outro, de que modo se deve proceder á sua eleição). A terceira parte é a que respeita ao exercício da justiça¹¹⁶.

Entre as origens remotas da doutrina da separação de poderes, destaca-se a teoria da constituição mista ou governo misto¹¹⁷, iniciada por Aristóteles, que a considera a melhor constituição, justamente por abarcar, em sua estrutura, representantes das classes mais ricas e mais pobres. Em sua visão, há diferentes formas de constituições e uma multiplicidade de elementos que compõem o Estado¹¹⁸.

Aristóteles entendia que a constituição não seria outra coisa se não a repartição regular do poder, e o Estado atuaria como meio de satisfazer as necessidades das diferentes classes através dos diversos representantes. Para tanto, cita Sócrates e sua concepção de Estado, compondo-se de quatro classes indispensáveis: tecelões, fazendeiros, sapateiros, pedreiros, ferreiros, o pastor e o comerciante¹¹⁹.

¹¹⁴ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, op. cit. p. 33.

¹¹⁵ Aristóteles denomina estas três partes de magistraturas: deliberativas, executivas e judiciais: ARISTÓTELES. Op. cit. pp. 325-341.

¹¹⁶ Ibid. p. 325.

¹¹⁷ “Encontra-se no modelo aristotélico de constituição mista apenas uma ideia que virá a andar associada à doutrina da separação de poderes, numa fase já adiantada da sua evolução: a do equilíbrio ou balanceamento das classes sociais através da sua participação no exercício do poder político, viável mediante o seu acesso à orgânica constitucional”. PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, op. cit. p. 36.

¹¹⁸ “Lo que hace que sean múltiples las formas de las constituciones es, precisamente, la multiplicidad de los elementos que constituyen siempre al Estado. En primer lugar, todo Estado se compone de familias, como puede verse; y luego en esta multitud de hombres necesariamente los hay ricos, pobres y de mediana fortuna. Lo mismo entre los ricos que entre los pobres, hay unos que tienen armas y otros que no las tienen. En el pueblo encontramos labradores, mercaderes y artesanos, y hasta en las clases superiores hay muchos grados de riqueza y de propiedad, según que éstas son más o menos extensas”. ARISTÓTELES. *Política*. Disponível em: <<http://www.livrosgratis.com.br/ler-livro-online-135181/politica>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

¹¹⁹ Ibid. Op. cit. Loc. cit.

Aristóteles faz uma importante observação acerca das diferentes funções existentes na composição de um Estado e sobre a importância da repartição de funções nesse contexto¹²⁰:

Pero entre estas cuatro clases o más de asociados que enumera Platón, es absolutamente preciso que haya un individuo que administre justicia y regule los derechos de cada uno; y si se admite que en el ser animado el alma es la parte esencial con preferencia al cuerpo, ¿no deberá reconocerse también que sobre estos elementos necesarios para la satisfacción de las necesidades inevitables de la existencia se encuentra también en el Estado la clase de guerreros y la de los árbitros de la justicia social? ¿Y no debe añadirse a estas dos la clase que decide los intereses generales del Estado, atribución especial de la inteligencia política? Que todas estas funciones estén aisladas y repartidas entre ciertos individuos o que se ejerzan todas por las mismas manos, poco importa a nuestro razonamiento, porque muchas veces la función del guerrero y la del labrador se encuentran reunidas; pero si es preciso admitir como elementos del Estado a los unos y a los otros, no es, en verdad, el elemento guerrero el menos necesario. A éstas añado yo una séptima clase, que contribuye con su fortuna a los servicios públicos, que es la de los ricos; después, una octava, la de los administradores de Estado, de aquellos que se consagran al desempeño de las magistraturas, puesto que el Estado no puede existir sin magistrados, y, por consiguiente, necesita de ciudadanos que sean capaces de mandar a los demás y que se consagren a este servicio público, sea por toda la vida, sea temporal y alternativamente. Queda, en fin, esta porción del Estado, de que acabamos de hablar, que decide los negocios generales y juzga en las contiendas particulares.

Ainda tratando das origens remotas do princípio da separação dos poderes, importante citar-se, mesmo que de maneira breve, a versão Polibiana da Teoria da Constituição Mista. Políbio, assim como Aristóteles, incorpora a ideia de que a constituição mista é uma mistura das formas de governo clássicas e abarca as diversas classes sociais, o que a torna mais justa e estável, sendo o ponto em comum de ambas as teorias, justamente a busca desse equilíbrio entre as classes.

Todavia, o entendimento polibiano sobre constituição mista se diferencia pelo fato de que o filósofo associa uma classe ou potência político-social autônoma a cada um dos três órgãos constitucionais, na intenção de se obter um balanceamento com a separação dos diferentes interesses entre as classes, fazendo corresponder a cada poder constitucional autônomo¹²¹. Nesse sentido, destaca Piçarra¹²²:

¹²⁰ Ibid. Op. cit. Loc. cit.

¹²¹ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, op. cit. p. 38.

¹²² Ibid. p. 38, citando Políbio a partir do livro VI da *História de Políbio*, consultada na tradução alemã de Hans Drexler, Zurique, 1961.

a força de um poder, neutralizando a dos outros faz com que os diversos poderes se equilibrem, nenhum se exceda e o sistema político permaneça longamente em perfeito equilíbrio, à guisa de um navio que vence a força de uma corrente contrária [...]. Todos, portanto, permanecem nos limites constitucionalmente prescritos, porque, à partida, temem a fiscalização dos outros.

Resulta, assim, clara a estreita conexão entre constituição mista e equilíbrio dos poderes: órgãos constitucionais diferenciadamente legitimados e representantes de interesses sociais distintos, reflectindo a estrutura plural da sociedade, hão-de provocar um efeito reciprocamente limitativo, no sentido da moderação do poder político.

Através dessa breve análise, percebe-se a imensa importância que tiveram os filósofos antigos em relação ao pensamento mais atual sobre o tema da Separação dos Poderes. A existência da sociedade, as diferentes classes, os diferentes poderes que compõem o Estado e a necessidade de todos atuarem harmonicamente são entendimentos concretos e diretamente aplicáveis à doutrina mais recente. Adiante serão abordadas as origens próximas da doutrina, assim como, o entendimento mais atual, e a relação direta com o tema do presente trabalho.

3.2.2. Breves comentários sobre as origens próximas

Tratar-se-á, agora, singelamente, das origens mais próximas da teoria da separação dos poderes, levando-se em consideração a influência dos entendimentos da teoria política do século XVIII, com especial atenção aos ensinamentos do filósofo e político francês *Charles-Louis de Secondat*, mais conhecido como Montesquieu. A abordagem especial em relação ao último se dá pelo fato de ser ele o precursor da teoria da separação dos poderes no sentido e alcance que classicamente lhe são assinalados¹²³, e que será objeto de análise neste trabalho.

Como disserta Alexandre de Moraes¹²⁴:

A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com

¹²³ Importante lembrar-se que Montesquieu não foi o inventor da teoria da separação de poderes, mas foi o primeiro a propô-la no sentido que esta é atualmente entendida: “*Tradicionalmente, a distinção era entre função legislativa a função executiva. A estas duas, Montesquieu acrescenta a função judicial*”. PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, op. cit. p. 91.

¹²⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.p. 393.

exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”, detalhada posteriormente, por John Locke, no Segundo Tratado de Governo Civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu O Espírito das Leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º de nossa Constituição Federal.

Antes de se discorrer sobre a teoria da separação de poderes defendida pelo filósofo francês, é importante a análise sobre a teoria política dominante no século XVIII e a sua influência em relação às ideias defendidas por Montesquieu e, conseqüentemente, a teoria da separação dos poderes como entendida atualmente.

O entendimento político dominante no século XVIII confiava especial importância à função Legislativa (*King-in-Parliament*), tida como função principal do Estado. Piçarra¹²⁵ evidencia a existência de duas posturas na época:

uma, de matriz essencialmente liberal, impregnada por ideias de equilíbrio, limites internos e fiscalização recíproca, na tradição da doutrina da constituição mista; outra, de matriz essencialmente democrática, impregnada pela ideia de soberania popular e de supremacia no Estado do poder dos representantes eleitos pelo povo, a quem não poderia deixar de caber, em exclusivo, o exercício da função estadual suprema, que apenas pelos representantes poderia ser controlado.

Como dito, a função legislativa tinha singular relevância no pensamento político da época. O órgão legislativo, centro de gravidade da estrutura constitucional, era, ele próprio, pluralmente estruturado, em ordem e equilíbrio a moderação de sua atuação. Fatores equilibrantes, órgãos parciais da função legislativa seriam as forças político-sociais consideradas pela teoria política de então: o rei, a nobreza e os representantes do povo, que, fazendo-se mutuamente contrapeso, determinariam que toda e qualquer lei resultasse, forçosamente, de um compromisso entre os três¹²⁶.

O equilíbrio e o controle recíprocos eram do tipo intraorgânico, tendo por centro o poder legislativo. Piçarra evidencia ser

neste ponto que a ideia, já sedimentada, de separação-independência orgânico-pessoal entre função legislativa e função executiva (com a

¹²⁵ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, op. cit. p. 79.

¹²⁶ *Ibid.* p. 80.

*qual progressivamente se foi identificando a função governativa) irá influenciar decisivamente a própria configuração da balança dos poderes, inovando-a substancialmente em relação ao seu modelo anterior: se até então ela se confinava ao interior do órgão legislativo, por influência da versão originária da doutrina da separação dos poderes, irá agora localizar-se na relação entre o órgão legislativo e o executivo*¹²⁷.

Apesar de inicial, tal entendimento já evidencia um importante passo para a teoria da separação dos poderes entendida hoje, principalmente, se se levar em consideração a ideia de equilíbrio recíproco entre os poderes, tido como essencial nos tempos atuais, bem como a teoria de freios e contrapesos¹²⁸, tão importante na abordagem doutrinária sobre o tema.

É bastante interessante a ressalva feita por Piçarra¹²⁹ a respeito do equilíbrio necessário entre os vários órgãos constitucionais, basicamente através da sua separação ou independência, e da devida atribuição a cada um de meios de recíproco controle. O autor, citando *Bolingbroke*, chama a atenção para a importância não só da separação entre os poderes, mas da independência de cada um deles, tendo em vista que o equilíbrio pressupõe centros de poder separados. Para o último, a independência recíproca entre os órgãos constitucionais é um pré-requisito da sua mútua interdependência¹³⁰.

Ultrapassada esta fase inicial sobre o entendimento político corrente na época, passa-se, pois, à análise da teoria da separação dos poderes proposta por Montesquieu,

¹²⁷ Ibid. p. 80.

¹²⁸ “Passam, portanto, para primeiro plano as relações entre os convencionalmente denominados órgão legislativo e órgão executivo. Não se parte do princípio de que todo e qualquer acto do primeiro é um acto legislativo ou de que todo e qualquer acto do segundo é um ato executivo, mas apenas de que assim é, tendencialmente. Do que, em rigor, se trata é das relações entre o Parlamento (incluindo as relações as duas Câmaras) e o Rei, perspectivados agora como órgãos independentes e separados. [...] O impeachment é agora, no essencial, encarado como o expediente jurídico-constitucional de que o Parlamento dispõe para efeitos do controlo dos actos (em princípio executivos) dos ministros do Rei. O Parlamento não executa mas controla o exercício da função executiva. Por sua vez, o poder de veto do Rei ganha um novo sentido [...] agora o veto é reduzido a uma *negative voice*, que apenas exprime a oposição do Rei a um ato legislativo autónomo e perfeito da exclusiva autoria do Parlamento. [...] Esta concepção essencialmente técnico-institucional da balança dos poderes serviu de ponto de partida à concepção dos constituintes norte-americanos, vindo a designar-se a partir de então por doutrina dos *checks and balances*”. PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, op. cit. p. 80.

¹²⁹ Ibid. p. 86.

¹³⁰ BOLINGBROKE, Lord. *The Craftsman*. v. VII. pp. 85 e 87 *apud* PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, op. cit. p. 86.

lembrando-se que o filósofo não foi o primeiro, nem o único, a tratar do assunto¹³¹, porém a sua abordagem, de fato, merece atenção especial no presente estudo.

3.2.3. Montesquieu e a Teoria da Separação dos Poderes

Antes de iniciar a análise, mesmo que sucinta, da doutrina sobre a separação dos poderes proposta por Montesquieu, é importante lembrar-se que, apesar da importante contribuição para o desenvolvimento do assunto e, em especial, seu entendimento mais moderno, o filósofo não foi o primeiro, nem o único, a abordar o tema¹³². Todavia, seu destaque se dá pelo fato de ele ter incorporado de maneira mais significativa e preferido a ideia de tripartição de poderes, com especial destaque ao poder judiciário¹³³.

Como dito, para Montesquieu, existem três poderes distintos – ou três funções, a saber, a legislativa, a executiva e a judiciária. Para o filósofo, o poder legislativo é responsável por fazer as leis, por um certo tempo ou para sempre, e de corrigir ou ab-

¹³¹ Além de Montesquieu, outros filósofos colaboraram de maneira significativa à formação da teoria da separação de poderes como entendida atualmente, a exemplo de Maquiavel, Hobbes, Rousseau e Locke. Em relação ao último, interessante uma ressalva: em sua teoria política, os poderes são divididos em dois, o legislativo, ou seja, aquele que elabora as leis para a sociedade, e o executivo, responsável por executar as leis elaboradas pelo legislativo; um terceiro poder destacado pelo filósofo é o federativo, e se identifica como uma parte do poder executivo nos seguintes termos: “*o poder de guerra e de paz, de ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e comunidades estranhas à sociedade*” (LOCKE, John. *The Second Treatise of Government*. In: LOCKE, John. *Political Writings*. Edited and with an Introduction by David Wootton. Londres: Penguin Books, 1993. p. 336). Nesse sentido, Locke separava lugar de destaque ao poder legislativo, dando-lhe especial importância se comparado com o executivo: “*This legislative is not only the supreme power of the commonwealth, but sacred and unalterable in the hands where the community have once placed it; nor can any edict of any body else, in what form soever conceived, or by what power soever backed, have the force and obligation of a law, which has not its sanction from that legislative which the public has chosen and appointed: for without this the law could not have that which is absolutely necessary to its being a law*, the consent of the society; over whom nobody can have a power to make laws, but by their own consent, and by authority received from them*”. LOCKE, John. *Two Treatises Of Government and a Letter Concerning Toleration*. Edited and with an Introduction by Ian Shapiro. New Haven: Yale University Press. 2003. p. 158.

¹³² Um dos filósofos mais importantes a analisar o tema foi John Locke, em sua obra *Dois Tratados sobre o Governo*, na qual o pensador inglês, ao conferir justificação teórica *ex post facto* à Revolução Gloriosa – que derrotou o absolutismo na Inglaterra e estabeleceu o primado do Parlamento sobre o sistema político – expõe as bases de sua teoria da separação de poderes. Por ela, conforme compreendia o autor, devem os poderes estatais ser repartidos em três: legislativo, executivo e federativo. Este último, na verdade, seria um segmento do poder executivo, com atribuições específicas quanto às relações exteriores. Vê-se que Locke não entendia o Poder Judiciário como um poder político autônomo: OLIVEIRA, Arlindo Fernandes de. *O judiciário legislador: sobre sentenças de caráter normativo do poder judiciário brasileiro prolatadas no início do século XXI e o sistema brasileiro de freios e contrapesos*, à luz das teorias a respeito da separação dos poderes. Brasília: Senado Federal, 2010. p. 29.

¹³³ Tradicionalmente, a distinção era entre função legislativa e função executiva; a estas duas, Montesquieu acrescenta a função judicial. Essa classificação tripartida não surgiu, inicialmente, pelas ideias do filósofo, entretanto, foi ele que a incorporou de maneira mais significativa, impregnando definitivamente o constitucionalismo liberal: PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, op. cit. p. 91.

rogar as que estão feitas. O poder executivo das coisas que dependem do direito internacional ou, simplesmente, o poder executivo do Estado é o poder de fazer a paz ou a guerra, de enviar ou receber as embaixadas, de manter a segurança e de prevenir as invasões. O poder de julgar, ou o poder executivo das coisas que dependem do direito civil, é o poder de punir os crimes ou de julgar os litígios entre os particulares¹³⁴.

Interessante frisar-se que Montesquieu já tinha a pretensão de fazer caber o trinômio legislativo, executivo e judiciário na totalidade das funções estatais com uma concepção mais jurídica que política. Na visão do pensador francês, as funções estatais resumir-se-iam à edição de leis e à sua execução pela força pública, diretamente ou mediante intervenção dos tribunais¹³⁵.

Em especial atenção ao tema deste trabalho, em que é feita uma abordagem mais direcionada à separação das funções executiva e judiciária, na medida em que ambas atuam em conjunto e se controlam reciprocamente (Teoria dos Freios e Contrapesos), se faz interessante abordar-se a separação de ambas as funções analisadas sob o ponto de vista de Montesquieu. Nuno Piçarra¹³⁶ traz uma análise específica sobre o tema, destacando a importância da separação entre os poderes executivo e judiciário na visão do mencionado filósofo: “*o autor é taxativo quanto à necessidade de tal separação, também não há liberdade se o poder de julgar não estiver não estiver separado [...] do executivo. Se estivesse junto do poder executivo o juiz poderia ter a força de um opressor*”.

Montesquieu baseava-se no fato de que seria bastante temeroso na mesma pessoa concentrarem-se ambas as funções, a de julgar e a de executar as leis, tendo em vista que o indivíduo teria um poder quase que ilimitado, atuando como juiz em causa própria, aplicando a lei em seu próprio benefício. Daí a importância da separação de poderes (ou funções) e da independência destes(as) mesmo quando se trata de seu núcleo essencial, se assim se pode denominar.

Da mesma forma seria caso o titular do poder judicial detivesse o poder de executar tarefas próprias do executivo ilimitadamente, sendo um real julgador e aplicador da lei no caso concreto. O seu poder seria de tal maneira infundável que

¹³⁴ MONTESQUIEU. *Espírito das Leis*, XI, VI, p. 294 *apud* PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, op. cit. p. 91.

¹³⁵ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, op. cit. pp. 92-93.

¹³⁶ *Ibid.* pp. 98-99.

acarretaria um desequilíbrio não almejado pelo sistema jurídico como um todo e, em especial, pela doutrina da separação de funções/poderes.

Todavia, importante lembrar-se acerca do controle recíproco que cada poder exerce sobre o outro a fim de se conseguir um equilíbrio ideal – controle, esse, que deve respeitar determinados limites inerentes ao próprio sistema jurídico em que os poderes estão inseridos¹³⁷.

Tais limites são uma exigência prevista no âmbito jurídico de cada Estado: as leis preveem adequadamente a extensão e os limites de atuação de cada função estatal, sendo de extrema importância que os titulares de tais funções respeitem os ditames legais, tendo em vista estar-se em um Estado de Direito (regime de legalidade), e Montesquieu¹³⁸ não divergiu ao fazer uma análise específica sobre a relação entre os poderes e os limites que cada um deve respeitar frente à atuação dos demais.

Como bem destaca Piçarra:

o essencial da argumentação até agora exposta no sentido de separação orgânico-pessoal entre poder legislativo e executivo, entre legislativo e judicial e entre executivo e judicial, insere-se na temática da rule of law ou do regime de legalidade. Até aqui, portanto, Montesquieu apenas desenvolve a aprofunda a originária versão da rule of law da separação dos poderes, de conotação exclusivamente jurídico-funcional, visando garantir a supremacia da lei, mediante o exercício de acordo com ela (legal e não arbitrário) da função executiva e da função judicial.

Tal entendimento se mostra bastante interessante para esta dissertação, na medida em que realça a importância de se respeitarem os limites previstos em lei no que tange à atuação de cada poder ou função e, ao mesmo tempo, chama a atenção em relação à situação de desequilíbrio gerada pelo avanço dos limites previstos, infringindo, assim, a natural e necessária independência dos poderes. Essa situação é inerente ao sistema previsto pela doutrina da separação de poderes, em que se prima

¹³⁷ Nesse ponto, interessante lembrar-se que, na atual teoria da separação de poderes, já se observa a execução de funções típicas de cada poder exercidas por todos os titulares, mesmo que de maneira mais branda. E isso não fere os ditames da teoria da separação dos poderes, pois cada titular de poder exerce sua função típica (principal) e as funções atípicas ou típicas de outros poderes – atuação, essa, que, se feita em conjunto e em respeito aos limites legais, ocorre harmonicamente e tem como resultado um equilíbrio ideal entre os poderes do Estado.

¹³⁸ O entendimento defendido por Montesquieu em relação à separação de poderes se concentrava em uma separação mais rígida, segundo a qual cada função seria desempenhada por seu titular sem interferência dos demais, na medida em que esses órgãos não dependessem uns dos outros para desenvolver as suas atividades. Montesquieu jamais cogitou uma estratificação efetiva; na verdade, enunciou a moderação entre eles como a divisão dos poderes entre as potências e a limitação ou moderação das pretensões de uma potência pelo poder das outras: GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 174.

pela busca de um equilíbrio ideal entre os poderes e, nas palavras de Piçarra¹³⁹, se “encara a separação-independência como pré-condição para um equilíbrio entre os poderes por meio do seu controle recíproco, viabilizado pela atribuição a cada um deles de precisos dispositivos jurídico-constitucionais”.

Essa última ideia trazida pela doutrina da separação de poderes é de grande utilidade àqueles que pretendem entender mais a fundo esta temática, guardando especial relação com o objeto deste trabalho. Tão importante quanto saber sobre a existência da doutrina, dos três poderes/funções e de suas peculiaridades, é o conhecimento de seus limites. Não se deve prestar atenção somente à existência das funções e dos respectivos deveres de seus titulares; há de se ter a devida prudência em respeitar os limites legais existentes para se evitar o abuso de um poder sobre o outro.

É sabido que o sistema prima pelo controle recíproco e, como mais adiante será analisado, pela atuação, mesmo que em menor grau, de funções inerentes a outros poderes¹⁴⁰. É sabido, também, que, no atual Estado Social de Direito, sem se pretender pularem etapas aqui, mas somente a título de observação do que será abordado adiante, os poderes devem, em especial o judiciário, primar pelo respeito aos direitos fundamentais previstos na constituição.

Não obstante, em ambos os casos se mostra de singular importância o respeito aos limites previstos à atuação de cada poder ou função, e isso existe não somente como meio de se respeitarem os ditames legais, mas, principalmente, como forma de se resguardar o equilíbrio necessário ao bom funcionamento do sistema jurídico/político como um todo. Não é por outro motivo que Montesquieu adverte para a importância de

¹³⁹ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, op. cit. p. 103.

¹⁴⁰ Sobre o assunto, interessante a análise de Ana Raquel Gonçalves Moniz: “Subjacente a esta dimensão positiva do princípio da separação de poderes encontra-se a ideia de que o mesmo potencia um esquema de freios e contrapesos (checks and balances) e, por conseguinte, viabiliza uma interdependência entre eles. Casar a separação de poderes com a racionalização do respectivo exercício permite, pois, compreender a ausência de uma rígida separação orgânica. Assim, acontece, por exemplo, quando se atenta que o poder legislativo está atribuído não apenas A Assembleia da República, mas também ao Governo, admitindo a Constituição a interferência presidencial no respetivo exercício, através da consagração do direito de veto. Também a atual realidade jurídico-administrativa oferece exemplos nítidos desta ausência, v.g, na extensão de poderes que confere às autoridades reguladoras, detentoras de competências administrativas, mas também de competências ‘quase-legislativas’ de emissão de normas jurídicas (regulamentos independentes) e ‘quase-judiciais’ de resolução de litígios. Neste cenário, para além da percepção de que não existe uma isomorfia entre os complexos orgânicos (poderes) ou os tipos de atividade (funções), afigura-se, uma vez mais, relevante o apelo à teoria do núcleo essencial, que consente exceções à (tendencial) correspondência entre órgão e função, desde que tal não envolva um sacrifício do núcleo essencial da função em causa”. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito Administrativo: Textos e Casos Práticos Resolvidos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. pp. 28-29.

se respeitarem determinados limites relacionados à atuação dos três poderes, *in verbis*: “*Mas é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até encontrar os limites. Quem diria! Até a virtude precisa de limites*”¹⁴¹.

3.2.4. O Princípio da Separação dos Poderes em sua concepção mais moderna e as Funções Estatais

Neste ponto, tratar-se-á da atual compreensão sobre a teoria da separação dos poderes e as suas diferenças frente às teorias anteriores, tendo em vista que, ao longo do tempo, o entendimento tido pelos filósofos acima mencionados, a exemplo de Aristóteles e Montesquieu, sofreu algumas alterações, provenientes, principalmente, da mudança no quadro político mundial com o advento do regime de Estado Social de Direito.

O princípio da separação de poderes é tido como uma das grandes constantes do Estado Constitucional, fazendo parte da esfera estrutural da Constituição, principalmente por sua importância em um Estado de Direito. A Declaração de Direitos de Homem e do Cidadão faz menção ao instituto, na medida em que dispõe que a “*a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem constituição*”¹⁴².

A doutrina inicialmente formulada e desenvolvida pelos filósofos mais antigos foi de extrema importância para o atual entendimento do assunto, servindo de base e influenciando, singularmente, o pensamento contemporâneo. Inobstante, como era de se esperar, ao longo do tempo a sociedade passou por mudanças naturais em seu ambiente político e jurídico, provenientes dos diferentes acontecimentos e da conseqüente alteração de pensamento em relação às novas realidades.

A teoria da separação de poderes¹⁴³, como hoje entendida, não mais corresponde àquela tida em tempos mais remotos. E não poderia ser diferente, haja vista que a realidade social, política e econômica sofreu alterações se comparada com

¹⁴¹ OLIVEIRA, Arlindo Fernandes de. Op. cit. p. 31.

¹⁴² Art. 16 da Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 26 Août 1789: “*Toute société, dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée ne la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution*”.

¹⁴³ Interessante o conceito formulado por Nuno Piçarra sobre o assunto; o autor destaca que o princípio da separação dos poderes seria o *princípio de adequação dos órgãos constitucionais às respectivas funções, de acordo com a sua estrutura, o seu procedimento e a sua legitimação*: PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, op. cit. p. 251.

períodos da Antiguidade e Idade Média, por exemplo. Ao longo do tempo, as noções de Estado e de sua competência se modificaram de acordo com a época específica em que a sociedade se encontrava e as naturais necessidades da população em cada estágio.

Em interessante passagem, José Afonso da Silva analisa a questão da teoria da separação de poderes da seguinte maneira:

o governo é, então, o conjunto de órgãos mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou o conjunto de órgãos supremos a quem incumbe o exercício das funções do poder político. Este se manifesta mediante suas funções que são exercidas e cumpridas pelos órgãos de governo. Vale dizer, portanto, que o poder político, uno, indivisível e indelegável, se desdobra e se compõe de várias funções, fato que permite falar em distinção das funções, que fundamentalmente são três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional¹⁴⁴.

É sabido que a clássica divisão de poderes foi formulada, principalmente, para a contenção do uso ilimitado do poder, a fim de proteger os direitos de liberdade (contexto liberal clássico). Entretanto, apesar de bastante significativo, tal entendimento não se encaixa de maneira tão perfeita na atual realidade política e social. Como já mencionado, ao longo do tempo a sociedade passou por mudanças significativas e o modelo político e jurídico se adequou a elas, de modo que o pensamento mais atual sobre o tema pode ser assim resumido: “o poder em sua essência é uno e indivisível e emana do povo, sendo apenas distribuídas as funções pelos diversos órgãos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário”¹⁴⁵.

Sobre a matéria, destaca Canotilho:

Quando se fala de divisão ou separação de poderes não se coloca em crise, como já se acentuou, a unidade do Estado, pois, mesmo numa democracia pluralista integrada em comunidades políticas mais amplas, não está e, causa a indivisibilidade da estatalidade ou estatalidade. “Dividir” ou “separar” poderes é uma questão atinente

¹⁴⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit. 37ª ed. p. 110. O autor ainda chama a atenção para o fato de que não se deve confundir a distinção de funções do poder com divisão ou separação de poderes: a primeira constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que as exercem; a segunda (divisão de poderes) consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções, menos o Judiciário (órgão ou poder Legislativo, órgão ou poder Executivo e órgão ou poder Judiciário).

¹⁴⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 97.

*ao exercício de competências dos órgãos de soberania e não um problema de divisão do poder unitário do Estado*¹⁴⁶.

O conhecimento da evolução histórica dos modelos de Estado é de extrema importância para entender como o sistema jurídico atual funciona, levando em consideração não só o paradigma da separação de poderes, como também a própria estrutura política e jurídica que guia a atuação dos três poderes, ou melhor, das três funções estatais. Nesse sentido, Hermes Zaneti Júnior, citando Ernst Wolfgang Bockenforde, observa que:

*para a nossa geração, reentra agora, no seguro patrimônio do conhecimento científico, o fato de que o conceito de `Estado` não é um conceito universal, mas serve apenas para indicar e descrever uma forma de ordenamento político surgida na Europa a partir do século XIII até os fins do século XVIII ou inícios do século XIX, na base de pressupostos e motivos específicos da história europeia e que após esse período se estendeu – libertando-se –, de certa maneira, das suas condições originais e concretas de nascimento – a todo mundo civilizado*¹⁴⁷.

Atualmente, o modelo de Estado vigente é o Democrático de Direito, com todas as consequências advindas dessa condição, entre elas o rígido respeito à Constituição e às suas normas, com especial atenção às normas definidoras e protetoras dos direitos fundamentais. É importante entender-se a evolução histórica que culminou na prevalência do atual modelo e a progressiva mudança da doutrina da separação dos poderes em respeito a ele.

Na época do regime político absolutista, o objetivo principal era a retirada do poder das mãos do soberano e, para tanto, a ideologia do Estado Liberal Burguês do século XIX se baseou, principalmente, na supervalorização do Poder Legislativo como forma de reagir aos excessos naturais daquele regime. Nessa época, a declaração de direitos era apenas nominativa e a Constituição tinha por principal função ordenar os diversos ramos do poder. O Estado legalista era reativo e deixava ao Poder Judiciário uma esfera pequena de ação, sendo o seu trabalho resumido à justiça corretiva, retributiva e à defesa dos direitos individuais dos cidadãos¹⁴⁸.

¹⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2016. p. 579.

¹⁴⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Op. cit. p. 92.

¹⁴⁸ Ibid. p. 93.

A doutrina da separação de poderes¹⁴⁹ pregava uma divisão acentuada entre eles, garantindo uma autonomia quase que absoluta em relação à sua atividade específica, como forma, também, de reagir aos excessos cometidos pelo soberano em um regime absolutista. Logo, fica claro que o regime liberal e toda carga ideológica trazida consigo se preocupava, de maneira ímpar, com a proteção do indivíduo em relação à atuação desarrazoada do Estado¹⁵⁰.

Entretanto, com o advento da Revolução Industrial, no início do século XX, os direitos sociais ganham força total e a atuação estatal começa a ser vista como essencial. O Estado, intervindo de maneira direta na sociedade, ocupa papel de destaque no ambiente político da época (*Welfare State* ou Estado do Bem- Estar Social). Nesse momento, se se analisar o cenário sob a perspectiva da doutrina da tripartição de poderes, o executivo ocupa lugar de destaque em relação aos demais, tendo em vista que o Estado executor das leis feitas pelo legislativo tinha a sua atuação de aplicador e garantidor de direitos sociais supervalorizada.

Ainda tratando do papel desempenhado pelos três poderes, interessante a ressalva feita por Hermes Zaneti Júnior, referindo-se ao poder judiciário:

Faz-se mister frisar que, apenas em um segundo momento, a função jurisdicional começa a migrar da tradicional postura passiva para uma postura mais ativa. Além disto, a migração para o controle pelo Judiciário não se deu por completo. Na doutrina existiu grande controvérsia na época, e também nos dias atuais, sobre a postura do juiz, ativista (judicial activism) ou autocontido (judicial restraint). Os marcos iniciais da mudança de perfil revelam-se nas constituições do México (1917) e na alemã de Weimar (1919). [...] Os direitos sociais representavam a dimensão da igualdade, como promessa da modernidade, e o seu modelo normativo de democracia era fundamentalmente preocupado com a supremacia do interesse público sobre o particular, com o bem-comum e com os objetivos da comunidade (democracia comunitarista). Note-se, por derradeiro, o gigantismo do Executivo e a intervenção direta na esfera dos direitos individuais como características fortes deste modelo¹⁵¹.

Dando prosseguimento na análise histórica dos diversos modelos de Estado e a mudança de posicionamento tida pela doutrina da separação de poderes, percebe-se que

¹⁴⁹ Interessante, também, a visão de Hans Kelsen sobre o assunto; o autor entendia que, de um ponto de vista exclusivamente jurídico, as funções estatais se reduziriam, necessariamente, a duas: o legislativo e o legis executivo. Isso implica que o princípio da separação de poderes, como entendido à época, fosse insustentável: PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, op. cit. p. 248.

¹⁵⁰ “No campo das relações privadas, este modelo era marcado pelo *laisser-faire*, com ausência e/ou repúdio de qualquer intervenção estatal”. ZANETI JÚNIOR. Hermes. Op. cit. p. 94.

¹⁵¹ Ibid. p. 95.

o impacto gerado pelos reflexos negativos advindos da Segunda Guerra Mundial, especialmente se analisadas todas as atrocidades cometidas contra a humanidade no holocausto, fez nascer uma preocupação ímpar com as garantias de direitos relativos ao ser humano e a proteção da sua dignidade. A preservação dos direitos fundamentais e a sua aplicabilidade no caso concreto ganhou força ainda maior nesse período¹⁵². O judiciário passou a ocupar um papel de destaque na busca pela implementação desses direitos, tendo em vista a dificuldade do Estado em garanti-los de maneira tida como “ideal”.

O momento do pós-guerra e toda a época a ele subsequente foram marcados por um forte sentimento de busca por direitos fundamentais, com forte apelo às normas constitucionais de garantia, repúdio a qualquer atuação que infringisse direitos universais inerentes ao ser humano. Influenciado por esse pensamento fortemente caracterizado pela defesa dos direitos sociais, o entendimento da doutrina tripartite sofreu, de maneira progressiva, uma mudança de posicionamento, agora voltado à atuação conjunta entre os poderes, ou melhor, à atuação conjunta entre os titulares das funções que compõem um único poder.

Zaneti Júnior¹⁵³ acrescenta:

A complexidade da vida contemporânea forçou, a partir da Revolução da Informação e da Tecnologia, uma nova gama de direitos, em muitas situações de reconhecida titularidade difusa, de que são exemplos os direitos do meio ambiente e do consumidor.

[...]

Com o incremento do Estado Social, também do ponto de vista político, sofreremos com a crise da representação política e o aumento da corrupção, com a nova distribuição de forças (após a queda do muro de Berlim) e com o avanço do neoliberalismo - constituindo-se espaço-tempo em um “olho do furacão”, no qual as incertezas são grandes e já se fala em Estado Pós-social.

¹⁵² “[N]esse contexto, uma concentração de esforços para reafirmar, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em todas as constituições do planeta, os valores fundamentais da justiça e da dignidade humanas, internalizando os ditames do novo documento nos ordenamentos positivos através de normas jurídicas com eficácia vinculativa – não só para os particulares, mas também, para o legislador e o administrador. Ao longo desse processo, destaca-se o incremento dos sistemas de controle de constitucionalidade, voltados a garantir, de fato, as constituições rígidas que se formavam como instrumentos dos direitos fundamentais. Pronunciava-se o advento da ‘Era das Constituições’”. Ibid. p. 95.

¹⁵³ “Pode-se dizer que o Estado Pós-Social pode e deve ser analisado na perspectiva positiva da superação do Estado Liberal e do Social, agregando desses as dimensões dos direitos fundamentais da liberdade e igualdade, acrescentando a participação e a força normativa da Constituição rígida como elementos característicos do Estado Democrático Constitucional”. Ibid. p. 97.

É importante lembrar-se que as funções continuam a existir de maneira distinta (legislativa, executiva e judiciária) – principalmente se se levar em consideração a atividade principal de cada uma delas –, porém em uma perspectiva menos rígida. As três funções fazem parte de um único poder que existe para um bom exercício da máquina estatal, cujo principal objetivo são a administração da vida em sociedade e a implementação dos direitos fundamentais previstos na constituição.

Ana Raquel Moniz destaca que

*a dogmática do princípio da separação de poderes ocorre no horizonte de uma área vocabular, que concilia os conceitos de função, poder e competência. Enquanto a função exprime quer as tarefas assumidas pelo Estado (as finalidades que este se propõe satisfazer), que um articulado de atividades com características próprias, o poder traduz o complexo orgânico que, através de um conjunto de faculdades de ação (competências) atua aquela função*¹⁵⁴.

O advento das constituições sociais e toda a carga de direitos trazidos com ela gerou uma responsabilidade imputada ao Estado bastante significativa. Este, por meio de seus diversos órgãos, tem a difícil tarefa de respeitar e implementar tais direitos, seja por meio de normas garantidoras dos mesmos (legislativo), seja executando tais normas no caso concreto (executivo) ou, ainda, garantindo a efetividade da lei em cada caso (judiciário)¹⁵⁵.

Ao se analisar o último caso, verifica-se que o papel do Poder Judiciário, de fato, se alterou ao longo dessa trajetória. Partindo-se de uma análise mais atual – e isso, é claro, não surgiu agora, mas é fruto do desenvolvimento doutrinário de décadas –, percebe-se que o Judiciário ganhou uma força de atuação nunca vista anteriormente. A função de garantidor dos direitos fundamentais ultrapassa o nível de garantidor dos ditames legais para seu real aplicador ao caso concreto, na tentativa de uma efetividade normativa quase que total.

Tal perspectiva nada tem de absurda ou inadequada, se analisada de maneira razoável. No atual modelo de Estado Social, é inadmissível pensar-se numa atuação diferente, haja vista que, principalmente em casos de ineficiência dos demais poderes/funções, em especial a do poder executivo, o judiciário não pode limitar-se a

¹⁵⁴ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Op. cit. pp. 27-28.

¹⁵⁵ Importante não se esquecer, todavia, que a divisão citada não é entendida de maneira rígida; os três poderes exercem, mesmo que de maneira não principal, funções próprias dos outros poderes, sendo inadequado o entendimento mais antigo referente à doutrina: JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 117.

uma atuação singela de aplicador da lei sem ter a preocupação com a sua real efetividade, nomeadamente quando se tratar de direitos fundamentais.

É claro que não se poderá retroceder em relação à garantia dos direitos fundamentais conquistados e que o Estado deverá agir de maneira a aplicá-los de modo integral, mediante as chamadas políticas públicas. Também não se pode negar que a atuação do Poder Judiciário, quando da falha daquele na execução da sua tarefa, é importante e se ajusta ao atual perfil doutrinário sobre o assunto. Entretanto, um ponto que por vezes é esquecido nesse ímpeto de criação e defesa de direitos fundamentais são os limites naturais e fundamentais existentes entre os Poderes do Estado, os quais existem não para minimizar o exercício destes, mas sim para garantir o seu equilíbrio e consequente funcionamento de maneira eficaz.

Como bem lembra Cesar Augusto Jacob,¹⁵⁶

não se discute, d'outra banda, a indispensável correlação de forças entre os Poderes do Estado nem tampouco a salutar existência de controles externos contra o arbítrio ou o abuso de poder. Cuida-se de condição sine qua non à própria subsistência do sistema, sem a qual haveria uma autodestruição do Estado. Acontece que se faz imperiosa a delimitação dos controles a fim de evitar a intromissão de um no que se poderia chamar de núcleo essencial do outro.

Conforme Canotilho¹⁵⁷,

impõe-se a individualização dos momentos essenciais da diretiva fundamental da organização do poder político: (1) a separação das funções estaduais e a atribuição das mesmas a diferentes titulares (separação funcional, institucional ou pessoal); (2) a interdependência de funções através de interdependências e dependências recíprocas (de natureza funcional, orgânica e pessoal); (3) o balanço ou controlo das funções, a fim de impedir um superpoder, com a consequente possibilidade de abusos e desvios.

O princípio da separação de poderes permite individualizar-se cada uma das funções estatais da seguinte maneira: legislativa, executiva ou administrativa, judicial e política. Tal divisão é chamada de *separação horizontal de poderes* e possibilita a divisão no interior das funções estatais. Além dessa, a doutrina destaca a assim denominada *separação vertical de poderes*, típica de Estados Federados, que traduz o

¹⁵⁶ JACOB, Cesar Augusto Alckmin. Op. cit. p. 544.

¹⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 556.

reconhecimento de estruturas autônomas regionais e locais¹⁵⁸. Esta forma de manifestação da separação de poderes dá ênfase às estruturas autônomas regionais e locais, passando a desfrutar de legitimidade pública e democrática, exercendo funções normativas e administrativas separadas e autônomas dos órgãos centrais de soberania¹⁵⁹.

Sem qualquer propósito de exaustividade de tais considerações, concentra-se o raciocínio na dita separação horizontal de poderes, por ter maior relação com o propósito deste trabalho. Um aspecto importante seu diz respeito a determinadas matérias, essenciais a cada função, e que, como tal, deverão ser resguardadas, na intenção, principalmente, de se evitar a sobreposição dos poderes sobre os outros ou a existência de um superpoder. Tais matérias são comumente chamadas pela doutrina de núcleo essencial e traduzem a ideia de que os “*órgãos especialmente qualificados para o exercício de certas funções não podem praticar atos que materialmente se aproximam ou são mesmo a característicos de outras funções e da competência de outros órgãos*”¹⁶⁰.

Apesar de ser pacífico o entendimento de que a separação de funções não é absoluta, isto é, que a função corresponde a um titular principal, mas que, em expressão menor, também pode ser exercida pelos demais poderes, a problemática de se definir o núcleo essencial de matérias exclusivamente atribuídas a determinadas funções e quais seriam elas detém importância ímpar:

Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro. Quer dizer: o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre órgão e função e só admite exceções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial. O alcance do princípio é visível quando com ele se quer traduzir a proibição do “monismo do poder, como o que resultaria, por ex., da concentração de “plenos poderes” no Presidente da República, da concentração de legislativos no exercício ou da transformação do legislativo em órgão soberano executivo e

¹⁵⁸ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Op. cit. pp. 28-29. A autora ainda destaca a existência da separação pessoal de poderes e funções; a esse respeito, interessante a análise feita por Canotilho, *in verbis*: “É o regime de isenção absoluta do controlo jurisdicional que antes de tudo lhes confere a natureza de matérias políticas- e não qualquer quid ‘metafísico’ especial. A natureza política de certos actos só pode ser reconhecida a partir do regime contencioso a que estão sujeitos. A presente indagação é restritamente dirigida à determinação da atividade política do Executivo. É seu objetivo averiguar apenas, ao fim e ao cabo, que parcela da atividade jurídico do Executivo se encontra excluída da apreciação da justiça administrativa, em termos de porventura dever considerar-se como materialmente distinta da atividade administrativa”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 561.

¹⁵⁹ Ibid. p. 561.

¹⁶⁰ Ibid. p. 559.

legiferante. Todavia, permanece em aberto o problema de onde começa e onde acaba o núcleo essencial de um determinada função.

Além do papel que a teoria pode desempenhar no âmbito das relações entre Parlamento e Governo, ela tem sido também invocada na delimitação da função judicial, considerando a doutrina ser este um dos domínios em que se deve aplicar mais rigorosamente uma teoria material das funções¹⁶¹.

Como visto, a análise das funções que compõem o Estado e a sua delimitação material chamam bastante a atenção da doutrina, na medida em que a ultrapassagem dos limites de matérias reservadas a cada função acarreta uma realidade totalmente diversa da pretendida com a teoria tripartite:

a própria Carta Política define os agentes e delimita suas competências, porquanto, ainda que não tenhamos a tripartição mostesquiana (os a relativa a uma leitura comum da obra de Montesquieu), a verdade é que a “separação de poderes” (art. 2) é cláusula pétrea prevista em seu artigo 60, § 4, previsão que permite inferir a existência de limites de um poder sobre o outro. Em outras palavras, pressupõe-se existirem fronteiras que um Poder não poderá transpor nem sequer a pretexto de controlar o outro.

Diante do acima esposado, fica patente a importância da análise das funções de maneira comparativa; não obstante, em função da matéria aqui em análise, o foco do estudo, a seguir, será a função executiva ou administrativa.

4. DAS FUNÇÕES POLÍTICA E ADMINISTRATIVA: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO

4.1. Da Função Administrativa e o Princípio da Reserva de Administração

A administração pública, principalmente por meio do Poder Executivo, tem a importante função de executar e aplicar, efetivamente, as normas previstas em lei ao caso concreto – e tal função se mostra mais clara quando se trata de normas de direitos fundamentais, efetivados por meio das chamadas políticas públicas¹⁶².

Marçal Justen Filho a define da seguinte maneira:

¹⁶¹ Ibid. pp. 559-560.

¹⁶² Segundo Maria Paula Dallari Bucci, “políticas públicas são programas de ação governamental que resulta de um processo ou um 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”. BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. cit. p. 39.

*A função administrativa estatal é o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente, exercitados sob regime jurídico infralegal e que se exteriorizam em decisões de natureza jurisdicional*¹⁶³.

A importância e a amplitude de atuação da função administrativa no cenário de funções que compõem o Estado são, sem dúvida, bastante significativas. Tal função é dotada de autonomia e encargos próprios e constitui, hoje, uma realidade densa e pluridimensional, dentro da qual se identificam três momentos típicos: o político-administrativo, o da emissão normativa (*Rechtsetzung*) e o da decisão administrativa (*Rechtsanwendung*). A última, vale destacar-se, relacionada à definição de políticas públicas a serem implementadas pela administração (decisões de governo), a emissão de normas jurídicas administrativas e a decisão de casos concretos¹⁶⁴.

A função administrativa é dotada, neste momento, de decisão jurídica, devendo a Administração Pública atuar para a realização administrativa do direito ao caso concreto. Cabe ao administrador público, visando a execução dos ditames legais previamente estabelecidos pelo Poder Legislativo, fazer valer, no mundo dos fatos, os diversos direitos garantidos a todos os cidadãos. Todo esse processo não se concretiza de forma automática, pelo contrário, leva em consideração determinadas etapas a serem seguidas para uma aplicação correta e eficaz do direito.

Cesar Augusto Jacob, referindo-se à realidade brasileira¹⁶⁵, delimita de maneira interessante este cenário:

Os poderes instituídos, por conseguinte, têm o dever de, em sintonia, alcançarem os objetivos constitucionais da República Federativa do Brasil (art. 3, CF), quais sejam (1) construir uma sociedade livre, justa e solidária, (2) garantir o desenvolvimento nacional, (3) erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais e (4) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O alcance desses objetivos, entretanto, não se dará do dia para a noite. Far-se-á necessário estabelecer prioridades, já que ninguém discute que “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “erradicar a pobreza”, por exemplo, dado o fato de se tratar de um país

¹⁶³ FILHO, Marçal Justen. Op. cit. p. 122.

¹⁶⁴ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Op. cit.

¹⁶⁵ A Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu artigo 6º, dispõe sobre os direitos sociais da seguinte maneira: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Vale lembrar-se ser, também, dever do Estado realizar, no caso concreto, todo este rol de direitos, fazendo-o por meio das já citadas políticas públicas.

historicamente marcado por desigualdades e pela concentração de renda, não são tarefas atingíveis em um curto espaço de tempo. Muito ao contrário, os objetivos grandiosos e pretenciosos estabelecidos pelo constituinte serão alcançados passo a passo, fazendo-se construir paulatinamente e sem desrespeito aos outros princípios fundamentais previstos na Constituição Federal, entre eles o de que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente (art. 1, parágrafo único).

Não sem razão, o planejamento da ação estatal também está previsto no texto constitucional, como mecanismo voltado ao desenvolvimento nacional equilibrado.

O agente público responsável pela aplicação dos direitos deve, antes de qualquer outra atuação, analisar, no caso concreto, a possibilidade de sua efetivação, levando em conta aspectos relacionados à real necessidade de determinada atuação, os recursos públicos disponíveis, as normas orçamentárias e de responsabilidade fiscal, entre outros aspectos, tudo com o fito de tomar uma decisão dotada de plausibilidade e de que sejam implementadas políticas públicas de fato eficazes (desenvolvimento nacional equilibrado). Todo esse processo de análise da lei, possibilidades financeiras, necessidades sociais e preferências por determinadas políticas públicas cabe, exclusivamente, à Administração Pública, no que é comumente chamado de poder discricionário da administração¹⁶⁶.

Nesse aspecto, importante atentar-se ao fato de que a atuação da administração mediante certo nível de liberdade, a fim de analisar as necessidades e possibilidades do caso concreto, respeitando os ditames legais, é tão importante que é prevista pelo próprio legislador. Este sempre concederá um grau maior de discricionariedade, visto as circunstâncias da realidade que deve ser regulamentada dificilmente serem previsíveis, e

¹⁶⁶ Como ressalta Andreas J. Krell: “Somente após muitos anos de debate político e justiciero, a discricionariedade passou a ser aceita como verdadeira necessidade para habilitar a Administração Pública a agir com mais eficiência na organização dos serviços públicos e no atendimento das múltiplas demandas e reivindicações das sociedades industrializadas. Ficou evidente que, perante a dinâmica do mundo moderno, onde sempre vêm surgindo situações novas e imprevistas, que exigem uma atuação célere e eficaz da Administração, o legislador está impossibilitado de regulamentar todos os possíveis casos de modo antecipado e em detalhes. Já no fim do século XVII, John Locke tinha afirmado que “muitas questões há que a lei não pode em absoluto prover e que devem ser deixadas à discricção daquele que tenha nas mãos o poder executivo, para serem por ele reguladas, conforme o exijam o bem e a vantagem do público”.⁹ Por isso, há razões de ordem material para a existência da discricionariedade, que resulta de uma “abertura normativa”, quando a lei confere ao administrador uma margem de liberdade para constituir o Direito no caso concreto. Nessa órbita de livre decisão prevalece sua avaliação e vontade, que é, via de regra, não ou pouco sindicável pelos tribunais”. KRELL, Andreas J. Discricionariedade Administrativa, Conceitos Jurídicos Indeterminados e Controle Judicial. *Revista ESMAFE: Escola da Magistratura Federal da 5ª Região*. Recife, n. 8, p. 180, dez. 2004.

o alcance de um determinado fim exigir o exercício de conhecimentos específicos da Administração para garantir uma decisão justa e correta no caso concreto¹⁶⁷.

Nesse sentido, o poder discricionário, as suas peculiaridades e a sua relação com o controle feito pelo Judiciário serão tratados mais adiante no capítulo seguinte. O que de fato é importante que se deixe claro, desde já, são as características típicas da função administrativa, mais especificamente no que diz respeito à execução de políticas públicas.

Outro aspecto dessa problemática que tem íntima relação com o tema abordado neste trabalho corresponde à relação entre a função administrativa e a judicial. Ao longo dos anos cresceu o interesse da doutrina em relação ao tema, principalmente quando se fala em controle judicial de políticas públicas. É certo que as atribuições de cada uma delas já são delineadas no âmbito jurídico, não restando dúvidas sobre o seu conteúdo. Entretanto, em respeito ao atual ambiente jurídico e político, em que cada vez mais a atuação do Judiciário de garantidor da efetividade das normas constitucionais cresce, a delimitação das ditas atribuições se torna um pouco mais complicada, porém inconfundível.

Como já dito em passagens anteriores, o papel do Poder Judiciário no atual momento autoriza, de certa maneira, essa atuação mais ativa, dando muitas vezes a impressão de que o tal Poder está, de fato, no controle da aplicação de políticas públicas. E isso não acontece por nenhuma outra razão a não ser a exagerada invasão da atuação judiciária no ambiente próprio e exclusivo de atuação do Poder Executivo. O Judiciário não pode, com base na alegação de defensor e aplicador de normas constitucionais, ferir os limites inerentes a cada Poder, principalmente, quando se trata de matérias tão específicas como a análise e consequente efetividade de direitos sociais.

Tal consideração assume especial nitidez quando em causa está o exercício de poderes discricionários pela Administração, quando, longe de se demandar ao órgão uma pura tarefa de subsunção, exige-se-lhe uma “tensão criadora do direito do caso concreto”, cabendo-lhe modelar o conteúdo do ato à luz das particulares circunstâncias da situação *decidenda*, dentro do que delineado pelos fins heteronomamente definidos pelo legislador¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Ibid. p. 181.

¹⁶⁸ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Op. cit. p. 40.

Ana Raquel Moniz, citando Rogério Soares, destaca o seguinte:

não se pense, porém, que a aproximação assim efetuada pretende confundir a função judicial (que tem como protagonista o juiz) com a função administrativa (em que o papel principal é entregue ao órgão decisor): o objetivo e o modo da decisão jurídica administrativa são diferentes e postulam uma racionalidade diversa da que pauta a decisão judicial. Ao invés da decisão judicial-que se assuma como puramente normativa-, a decisão jurídica administrativa, tendo embora como pano de fundo impreterível a normatividade, não deixa de atender a outro tipo de preocupações, in casu, a prossecução do (s) interesse (s) público (s) juridicamente (legalmente) cometido (s) ao órgão decisor, traduzindo uma “certa composição de litígio” à luz de determinado interesse¹⁶⁹.

A importância de se delimitar o campo de atuação de cada poder não é sem razão, afinal, como já dito, o funcionamento de todo o sistema que impulsiona a máquina pública depende de uma relação harmoniosa entre os três poderes, de modo que todos atuem com o mesmo propósito, porém com funções próprias de sua respectiva *expertise*.

A relação entre as distintas funções do Estado e os seus limites de atuação sempre foi objeto de análise dos doutrinadores de todo o mundo, além de foco de discussão em diversos julgados. Ultimamente, a atenção dos estudiosos se volta ao caso particular das funções executiva e legislativa, as suas atribuições e, mais importante, os seus limites de atuação, principalmente, quando se trata da execução de direitos sociais mediante políticas públicas pelo Executivo e o seu controle pelo Judiciário.

Diversos autores destacam a importância de se delimitarem e respeitarem os limites de atuação de cada Poder, principalmente no caso de atuação mais ativa do Judiciário nos últimos anos. Este não pode esquecer as suas atribuições reais e essenciais, sendo certo que apenas em casos específicos, e respeitando diversos limites impostos, poderá exercer esse perfil mais controlador, por assim dizer. Interessante o conteúdo de certa decisão proferida pelo Tribunal Constitucional, sob a relatoria do saudoso professor Fernando Alves Correia, em que são analisadas a função judicial e as suas peculiaridades, *in verbis*:

É conhecida, porém, a dificuldade em definir rigorosamente o conceito de «função jurisdicional», em confronto com as restantes funções do Estado, em especial com «a função administrativa». Dificuldade que deriva do facto de não existir, no nosso sistema

¹⁶⁹ Ibid. pp. 40-41.

jurídico-constitucional, uma coincidência entre os sentidos «orgânico» e «material» das funções do Estado.

De qualquer modo, o critério avançado por A. Rodrigues Queiró para distinguir materialmente a função jurisdicional da função administrativa é suficientemente claro e rigoroso. Escreve, com efeito, este conceituado juspublicista: «Essencial, para que se fale de um acto jurisdicional, parece-nos ser, para já, que um agente estadual tenha que resolver de acordo com o Direito 'uma questão jurídica', entendendo-se por tal um conflito de pretensões entre duas ou mais pessoas, ou uma controvérsia sobre a verificação em concreto de uma ofensa ou violação da ordem jurídica». (grifo nosso)

A função jurisdicional consubstancia-se, assim, numa «composição de conflitos de interesses», levada a cabo por um órgão independente e imparcial, de harmonia com a lei ou com critérios por ela definidos, tendo como fim específico a realização do Direito ou da Justiça¹⁷⁰.

Assim, surge um princípio que tem relação direta com o assunto que é o chamado Princípio da Reserva Administrativa ou Reserva de Função Administrativa, porém analisado sob a ótica das matérias essencialmente relacionadas a função administrativa. O mesmo se destina a dar ênfase ao fato de que o Princípio da Separação dos Poderes pressupõe um espaço de ação próprio da Administração, que não pode ser eliminado, a montante, pela função legislativa e, a jusante, pela função judicial¹⁷¹.

Quando se analisa a reserva de função administrativa em uma percepção voltada a atuação do judiciário, a mesma tem a função de delimitar os limites de atuação dos Tribunais, dando ênfase a autocontenção jurisdicional. Como bem lembra Ana Raquel Muniz.

o facto de as vertentes garantísticas do princípio do Estado de direito impem a fiscalização judicial de todas as áreas da atuação administrativa, não implica que não existam limites aos poderes dos

¹⁷⁰ PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal, 2ª Secção, Processo n. 224/88, Acórdão n. 182/90, Relator Conselheiro Alves Correia, Lisboa, j. 06 jun. 1990. Outros julgados citados nessa decisão: Acórdão do Tribunal Constitucional n. 211/86, in *Diário da República*, II Série, de 7 de novembro de 1986; Acórdão do Tribunal Constitucional n. 317/89, in *Diário da República*, II Série, de 16 de junho de 1989; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 13 de Novembro de 1980, in *Acórdãos Doutriniais do Supremo Tribunal Administrativo*, a. XX, n. 231, pp. 286 e ss.; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (Tribunal Pleno), de 23 de fevereiro de 1988, in *Acórdãos Doutriniais do Supremo Tribunal Administrativo*, a. XXVIII, n. 328, pp. 487 e ss.

¹⁷¹ MONIZ. Ana Raquel Goncalves. p. 52.

tribunais, impedidos de substituir pelos seus juízos materialmente administrativos formulados pela administração¹⁷².

Nuno Piçarra destaca bem a importância de se delimitar determinadas matérias de exclusividade de análise e atuação específica da administração pública, da seguinte maneira:

(...) a cada um dos órgãos superiores do Estado seja reservado um domínio de actuação livre de influências ou ingerências por parte dos outros poderes. A própria responsabilidade ou auto-responsabilidade que, por força do mesmo princípio, impende sobre cada um desses órgãos pelo exercício das respectivas competências só é concebível quando o responsável não esteja submetido a qualquer determinação heterônoma quanto ao objeto de sua responsabilidade. Noutros termos, por força do imperativo de moderação e equilíbrio que impregna o princípio em análise, o poder de actuação de que dispõe cada órgão superior do Estado deve ser limitado de modo a não invadir ou cercear o “núcleo essencial” da competência do qualquer dos outros¹⁷³.

Nesse sentido, interessante decisão do STF¹⁷⁴ (ADI 3.343/DF, Plenário, rel. Min. Ayres Britto, rel. p/acórdão Min. Luiz Fux, j. 01.09.2011, DJe 22.11.2011, trata bem sobre o assunto:

“(...) 4. Ofende a denominada reserva de administração, decorrência do conteúdo nuclear do princípio da Separação dos Poderes (art. 2 da CF/1988), a proibição de cobrança de tarifa de assinatura básica no que concerne aos serviços de água e gás, em grande medida submetidos também a incidência de leis federais (art. 22, IV, da

¹⁷² MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. p. 56.

¹⁷³ PIÇARRA, NUNO. A Reserva de Administração. In Revista O Direito, ano 122, (Abr./Jun. 1990). p. 334 e 335.

¹⁷⁴ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional Federal Alemão “Bremer Personalvertretungsgesetz”, in BVerGE, 9, p. 268 a 279. A decisão destaca o Princípio da Separação dos Poderes e a importância do respeito aos limites de atuação de cada poder.

CF/1988), mormente quando constante de ato normativo emanado do Poder Legislativo fruto de iniciativa parlamentar, porquanto supressora da margem de apreciação do Chefe do Poder Executivo Distrital na condução da Administração Pública, no que se inclui a formulação da política pública remuneratória do serviço público. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

(Grigou-se)

4.2. Da Função Política

Seguindo a problemática, vários autores chamam a atenção para determinadas matérias que seriam de análise exclusiva do executivo, porquanto de cunho puramente político, fazendo com que muitos reflitam acerca da existência de um “quarto poder” ou função: o poder político ou função política.

A noção de Estado e as suas atribuições estão intimamente ligadas à organização e administração da vida em sociedade. As necessidades e os anseios sociais não podem ser alcançados de maneira meramente individual, em que cada indivíduo, almejando o próprio bem-estar, faz as suas regras e a sua rotina de direitos (momento de liberdade). Essa situação, apesar de dotada de certo requinte de romantismo é, sem dúvida, utópica.

Como lembra Afonso Rodrigues Queiró¹⁷⁵, em capítulo sobre a obrigação política, *o Estado é um mal, embora um mal necessário*. Citando Humboldt, destaca, ainda, que o ideal mais elevado da sociedade e dos seres humanos seria aquele Estado a partir do qual cada um pudesse desenvolver as suas próprias faculdades por si e segundo a sua própria vontade.

O referido autor, ao tratar dos fins do Estado, observa que este existe para assegurar condições de convivência, condições de vida cultural e satisfação de necessidades fundamentais da comunidade. O Estado é assim visto como organismo que tem por função realizar os direitos da vida social ou o bem comum:

O Estado externo, como expressão duma actividade de Civilização, tem como objectivos os objectivos ordinários da actividade

¹⁷⁵ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Estudos de Direito Público*. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 45.

civilizadora: dominar a natureza externa, criar condições de assenhoração do mundo físico que nos rodeia: assegurar condições de convivência, condições de vida cultural, satisfação das necessidades fundamentais da comunidade por meio da justiça distributiva e da segurança jurídica.

[...]

O seu fim próximo é, assim, aquilo a que poderíamos chamar de, usando uma fórmula tradicional e consagrada o bem comum.

[...]

Aquilo que deve ficar entregue à iniciativa e jeito individual varia, como varia aquilo que se impõe que não seja tanto obra da alavanca, como da habilidade do cabouqueiro. Uma e outra coisa não são obra de arbítrio desenfreado, mas da razão que tudo pondera e avalia. É nesta adaptação consciente da razão às circunstâncias (tal como pensava Soares) que pode consistir o progresso da Política. O Estado é susceptível, neste sentido, duma constante reelaboração e renovação (Heller)¹⁷⁶.

Assim, percebe-se que o Estado detém a função de executor dos preceitos constitucionais no intuito de satisfazer as necessidades sociais indispensáveis. A função política do Estado advém desse dever constitucionalmente imposto e é composta por diferentes atuações dos respectivos governantes, ou titulares do poder, para o alcance dos fins almejados. As suas características podem ser assim exemplificadas: orientação e direção da sociedade política em geral, determinação do interesse público, interpretação dos fins do Estado, fixação das suas tarefas, escolha dos meios materiais, técnicos e organizatórios adequados para realizá-las e, ainda, manutenção e desenvolvimento da ordem jurídica estatal¹⁷⁷:

o Estado contemporâneo se configura como activo e conformador, como 'Estado teleocrático-programador', tende a definir-se a função política como uma conexão de funções legislativas, regulamentares, planificadoras, administrativas e militares, de natureza económica, social, financeira e cultural, dirigida à individualização e graduação de fins constitucionalmente estabelecidos, pois tal Estado é, também, um Estado executor da constituição¹⁷⁸.

A função é vista por parte da doutrina como sendo um “quarto poder” do Estado, e tem como característica principal a vinculação aos ditames constitucionais, dirigindo-se a sua execução direta, através de planos de atuação e orientação de estratégias de direção dos fins pretendidos. E isso requer uma série de atos dos titulares do poder, que o fazem com base nas circunstâncias específicas do caso concreto, a

¹⁷⁶ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Estudos de Direito Público*. Vol.1.Coimbra Editora, 1989. pp. 68 e 69.

¹⁷⁷ PIÇARRA, Nuno. Op. cit. p. 252.

¹⁷⁸ Ibid. p. 253.

urgência e prioridade das diversas necessidades, ambas analisadas a luz das disposições constitucionais¹⁷⁹.

Interessante a abordagem feita pelo Supremo Tribunal Administrativo (STA), citando Sérvulo Correia, em que define a função política como “*uma atividade de ordem superior, que tem por conteúdo a direcção suprema e geral do Estado, tendo por objectivos a definição dos fins últimos da comunidade a coordenação das outras funções à luz desses fins*”¹⁸⁰. Na mesma decisão são destacadas outras definições do que seria a função em análise, e todas levam em conta a prossecução do interesse geral e essencial da sociedade (grifou-se):

Marcelo Caetano define a função política como a actividade dos órgãos do Estado cujo objecto directo e imediato é a conservação da sociedade política e a definição e a prossecução do interesse geral mediante a livre escolha dos rumos ou soluções consideradas preferíveis (Manual, 10ª ed., 1º vol., pág. 8). Em termos que reforçam a mesma tónica, Marcelo Rebelo de Sousa define a função política como aquela que corresponde à prática de actos que exprimem opções sobre a definição e prossecução dos interesses essenciais da colectividade, e que respeitam, de modo directo e imediato, às relações dentro do poder político e deste com outros poderes políticos (Lições de Direito Administrativo, Vol. I, 1999, pág. 10).

No mesmo sentido o Tribunal Central Administrativo do Norte destaca que

*actos políticos são os praticados no desempenho da função política e que têm por objecto directo e imediato a conservação da sociedade política e a definição e prossecução dos interesses essenciais da colectividade mediante a livre escolha dos rumos ou soluções consideradas preferíveis, exprimindo tais actos, precisamente, as opções do poder político, as quais não podem, por isso, ser sujeitas a controlo jurisdicional, por este se ter de situar ao nível do controle de legalidade, não podendo os tribunais exercer, assim, qualquer tipo de apreciação quanto ao mérito ou demérito de tais volições primárias dos órgãos políticos, quando actuem no exercício da função política*¹⁸¹.

Segundo Cristina Queirós, em trabalho dedicado ao assunto:

Concebida e estruturada como “delegação constitucionalizada” do soberano, a função política traduz muito mais do que a simples afirmação de uma actividade governamental *tout court*. Vai muito

¹⁷⁹ A atividade política do Estado se assume como atividade de “alta administração”. (MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Direito Administrativo. Textos e Casos Práticos Resolvidos. 2 ed. Editora Almedina, 2015. p. 47).

¹⁸⁰ PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo, Processo n. 0956/10, Lisboa, Acórdão de 29 mar. 2011. Outros acórdãos do STA sobre o assunto: Rec. n.º 43 438, de 16/4/2002-Rec. n.º 48 174, de 6/2/2001-Rec. n.º 45 990 e de 21/10/2010-Proc. n.º 713/2010.

¹⁸¹ Id. Tribunal Central Administrativo do Norte, Processo n. 44/2006, Porto, Acórdão de 8 mai. 2008.

para além do domínio categorial da separação entre o governo e a administração ou do espaço jurídico coberto por essas duas noções. Não se apresenta, de modo algum, como um momento destacado da atividade do governo. Não representa uma qualquer prerrogativa (constitucional) deste para a “condução da política geral do país”. Pelo contrário, diz respeito a todos os órgãos constitucionais chamados a concretização da vontade política constitucionalizada pelo soberano, que aqui atuam como seus “delegados” (órgãos de soberania)¹⁸².

A função política tem como características:

*a formulação de escolhas em temas fundamentais, com o objetivo de preservar o Estado e promover o bem comum; os órgãos encarregados de desempenha-la são constitucionalmente previstos; extraem sua competência diretamente da Constituição; produzem suas decisões segundo procedimentos constitucionalmente indicados; e, ao deliberar, o fazem respeitando os limites materiais estabelecidos na Carta, embora com grande liberdade para interpretá-la e definir o que seja, em cada conjuntura, o interesse público. Além disso, os órgãos encarregados do exercício da função política não se sujeitam a prazos, pois ainda quando estes são estabelecidos não se comina sanção para o seu descumprimento*¹⁸³.

O aspecto mais importante em relação a tal função, e que tem relação próxima ao tema deste trabalho, é o fato de ser ela responsável pela definição e prossecução dos interesses essenciais da coletividade mediante a livre escolha dos atos e meios preferíveis pelo administrador no caso concreto, destacando-se como verdadeiras opções do poder público, não sendo objeto de controle judicial. O acórdão do STA, no processo n. 01214/05, corrobora essa ideia, senão, veja-se:

Serão actos políticos os praticados no desempenho da função política e que têm por objecto directo e imediato a conservação da sociedade política e a definição e prossecução dos interesses essenciais da colectividade mediante a livre escolha dos rumos ou soluções consideradas preferíveis, exprimindo tais actos, precisamente, as opções do poder político, as quais não podem, por isso, ser sujeitas a controlo jurisdicional, por este se ter de situar ao nível do controle de legalidade, não podendo os tribunais exercer, por isso, qualquer tipo de apreciação quanto ao mérito ou demérito de tais volições primárias dos órgãos políticos, quando actuem no exercício da função política.

No âmbito da função política cabe, designadamente, definir primária e globalmente o interesse público, interpretando-se os fins do Estado

¹⁸² QUEIRÓS, Cristina M. M. *Os Atos Políticos no Estado de Direito: o Problema do Controle Jurídico do Poder*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 112.

¹⁸³ PAIXÃO, Leonardo A. *A Função Política do Supremo Tribunal Federal*. p. 51. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

*e elegendo os meios que em cada momento sejam tidos por adequados à sua concreta prossecução*¹⁸⁴.

Um aspecto também importante nesta abordagem sobre a função política é a sua relação com a função administrativa. Apesar de parecer um tanto confuso, tendo em vista que, em primeira análise, ambas as funções parecem similares, existe uma diferença que deve ser considerada entre uma atuação política e uma atuação administrativa dos agentes públicos. É interessante atentar-se para o fato de que, diferentemente do que ocorre com a função política, a qual não é passível de análise e controle judicial, as atuações relacionadas à função administrativa são passíveis de tal controle em determinadas situações, e a percepção se um ato está ou não inserido nas esferas política ou administrativa é uma tarefa que, em diversos casos, se mostra bastante difícil.

É comum as decisões judiciais destacarem a importância da certeza sobre a natureza do ato público objeto da ação, principalmente quando se trata de controle judicial sobre ele. A distinção entre função administrativa e política se dá por meio da análise das atividades de administrar (*verwalten*) e governar (*regieren*). O próprio acórdão outrora citado neste trabalho faz esta análise e destaca a diferença entre ambas as funções, entendendo, ao final, pela possibilidade de controle judicial por ser o ato público de natureza administrativa, e não política:

Estamos antes perante a função administrativa. Na verdade está em causa pôr em prática as orientações tomadas a nível político, ou seja, em dar execução às grandes orientações tomadas a nível político.

[...]

*Ora, o Estado ao não celebrar o contrato-programa com o A... nos termos por este pretendido não está a gerir-se na esfera dos interesses gerais essenciais do Estado, da sociedade, mas sim, a executar tais interesses. Por isso, estamos perante uma omissão ocorrida no desempenho da sua função administrativa e não política*¹⁸⁵.

O STA, ao tratar do assunto em determinada oportunidade, também destacou a dificuldade em separar, com clareza, as funções administrativa e política, além de abordar sobre a importância de se evitar a judicialização de atos puramente políticos¹⁸⁶, nos termos que seguem:

¹⁸⁴ PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo, Processo n. 01214/05, Lisboa, Acórdão de 05 dez. 2007.

¹⁸⁵ Id. Supremo Tribunal Administrativo, Processo n. 0956/10, cit.. Grifou-se.

¹⁸⁶ Id. Supremo Tribunal Administrativo, Processo n. 0855/10, Lisboa, Acórdão de 09 dez. 2010.

É esta dificuldade em traçar com clareza a fronteira entre a função política e a função administrativa que tem potenciado a perigosa e nefasta tendência, hoje infelizmente cada vez mais comum, de, na tentativa de se obterem ganhos imediatos, se procurar judicializar a função política e legislativa do Governo e dos restantes órgãos de soberania.

E, porque assim, será salutar que nesta matéria se adopte um conceito de função política e, convergentemente, de acto político que não seja tão alargado que acabe por frustrar os fins do Estado de Direito, como também o será que se não conceba um conceito de tal forma restrito que permita que se sindicuem judicialmente todas, ou quase todas, as decisões do poder político¹⁸⁷.

A ação de governar requer determinados atos dos agentes públicos que se relacionam principalmente com a determinação, administração e execução de medidas ou políticas relacionadas às necessidades básicas de uma determinada sociedade. Para tanto, o administrador se vale da análise do caso concreto e as necessidades consideradas mais importantes e das disposições constitucionais a elas relacionadas (tidas como limitadoras e orientadoras da ação). Essa relação de análise e execução de medidas não se dá de forma automática ou simples, pelo contrário, é fruto de um trabalho conjunto de agentes das diversas áreas do governo, que atuam a fim de concretizar os mandamentos constitucionais.

A professora Ana Raquel Moniz resume bem a ação e governar e destaca que esta

consiste na condução e orientação do Estado, na identificação e coordenação das necessidades sentidas por determinada Sociedade e na decisão sobre os meios e as iniciativas a levar a cabo para as satisfazer, cabendo, diversamente, às ações administrativas atuar objetivos ou finalidades pré-fixados (o que, aliás, acarreta maiores vinculações face às que constroem a função política – em princípio, limitada apenas pela Constituição¹⁸⁸.

É importante ressaltar-se que a análise no caso concreto pelos tribunais sobre a natureza do ato objeto do processo, se administrativo ou político, é bastante significativa, principalmente para resguardar uma atuação mais legítima do titular do poder público aquando da análise das necessidades da sociedade nas diferentes situações. No caso dos acórdãos supramencionados (processos n. 0816/06 e 0855/10 do STA), o tribunal analisou dois casos distintos, que, porém, tratam de ações puramente

¹⁸⁷ Id. Supremo Tribunal Administrativo, Processo n. 0816/06, Lisboa, Acórdão de 23 ago. 2006.

¹⁸⁸ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Op. cit. pp. 46-47.

de cunho político, inseridas na esfera de atuação autônoma dos agentes públicos competentes, e que, por isso, não devem ser alvo de controle judicial, *in verbis*:

Nesta conformidade, a Resolução pela qual o Governo define os contornos globais da reforma que quer introduzir no sector dos laboratórios do Estado e enuncia uma série de medidas que em sua opinião seriam as melhores para atingir tal finalidade, que, por isso, previsivelmente, iriam ser adoptadas, trata-se de uma decisão derivada da sua função política e, por isso, a sua sindicância escapa à jurisdição administrativa.

[...]

A imposição contida numa norma de execução orçamental de transferência de determinadas verbas das autarquias locais para o SNS constitui uma decisão política e, por que assim, a mesma não é contenciosamente sindicável¹⁸⁹.

A indagação acerca da possibilidade de controle judicial sobre atos puramente políticos ou de governo é objeto de bastante debate na doutrina e, também, nos tribunais. Um maior ou menor controle sobre específica parte da atividade do Executivo e seus respectivos limites deve ser analisado com cautela no caso concreto, principalmente porque se está em um momento de intensificação do controle da justiça e de alargamento significativo dos limites de sua competência.

Nesse ponto, Canotilho¹⁹⁰ faz interessante análise, citando o sistema de justiça americano. Este, apesar de ter como característica a ampla possibilidade de intervenção judicial na esfera dos demais poderes, em casos como o controle de atos puramente políticos ou de governo, as chamadas *political questions*, tal situação não prevalece. Apesar da possibilidade e importância da defesa da Constituição pelos tribunais, e isso ocorre com bastante frequência em relação à atividade legiferante, não é absolutamente forçoso o mesmo controle em relação à atividade política do Executivo. O professor observa que:

haja vista o que notoriamente se passa com o direito americano, no qual a consagração de um “governo de juizes” da conseqüente controlabilidade da actividade legislativa do Congresso no ponto de vista da sua constitucionalidade, não impede que as chamadas “*political questions*”, ou seja, as questões relativas à actividade estritamente governamental do executivo, estejam excluídas da apreciação da *Supreme Court*¹⁹¹.

¹⁸⁹ PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo, Processo n. 0816/06, cit.

¹⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. 7ª ed. p. 514.

¹⁹¹ Ibid. p. 514.

A atividade legislativa, apesar de exercer papel importante na vida social, ditando as regras a serem seguidas e, da mesma maneira, a atividade política, ambas se diferenciam no modo pelo qual lidam com o caso concreto na tomada de decisões, sendo um detalhe importante quando se fala em controle dos atos praticados por ambas. O legislador, normalmente, não se depara com uma situação concreta e urgente que solicite atuação específica ou, por outro lado, com uma situação de planejamento futuro, passível de alterações.

Já no caso da atividade política, em que o Executivo, por causa da envergadura dos interesses públicos envolvidos, se depara com ações específicas e impregnadas de individualidade e particularidade, reivindica como necessariamente isento de controle judicial, pois só pode completamente perceber-se da realidade quem tem as responsabilidades da ação e está, por conseguinte, na intimidade da situação concreta¹⁹².

A intervenção do Poder Judiciário em assuntos relacionados à atividade política do Executivo traz consigo uma especial responsabilidade, ou pelo menos deveria trazer, tendo em vista a natureza do ato aqui em análise e as possíveis consequências da sua não realização – ou, até mesmo, realização de maneira diversa do programado pela administração pública. Tal fato acarretará consequências no meio social de determinado governo, e a responsabilidade por elas, muitas vezes negativas, deveria acompanhar o órgão decisor.

É importante ressaltar-se essa sutil diferença entre a atividade administrativa e política¹⁹³, em que a primeira se caracteriza pela discricionariedade e análise de conveniência e oportunidade no momento da decisão, além da vinculação a normas jurídicas, sendo possível o controle jurisdicional em casos de descumprimento de preceitos legais. Já a segunda, também está sujeita às mesmas limitações legais, haja vista não se poderem tolerar atos contrários ao ordenamento jurídico, porém não se subordina a qualquer fiscalização contenciosa.

Interessante passagem da obra de Canotilho descreve bem essa realidade, dando destaque à importância de se evitar o que chamou de “segunda administração”, em referência ao Poder Judiciário quando da análise de determinadas matérias que entende serem de responsabilidade exclusiva do Poder Executivo (grifou-se):

¹⁹² Ibid. pp. 516-517.

¹⁹³ Canotilho chama a atenção para o sistema geral de competência do Poder Judiciário em relação aos atos políticos e destaca que o primeiro existe como uma garantia do Executivo contra a erupção da Justiça no campo da Política, pertencente exclusivamente àquele. Ibid. p. 523.

Diferentemente se passam as coisas com a atividade política do executivo. O legislador tem aqui em conta o especial relevo ou envergadura dos interesses públicos a satisfazer, e considera perigoso e arriscado para a prossecução desses interesses conferir aos Tribunais a faculdade de eventualmente suspenderem a execução dos actos com que se provê à sua realização, e de afinal anularem esses mesmos actos, frustrando a efectivação do que pela sua importância não deve deixar de consumir-se. Qualquer dessas atitudes dos Tribunais importaria consequências políticas de incalculável projecção e vulto. Convirá, por conseguinte, no sistema de checks and balances favorável à insindicabilidade dos actos de governo, conferir órgãos de outra envergadura, peso e sensibilidade política, competência para fiscalizar inclusive a correção jurídica da acção governamental.

[...]

Por conseguinte, no primeiro caso há apenas a preocupação de evitar que a Justiça ultrapasse a sua natural função de garantia da legalidade e assumo o papel de fiscal do próprio mérito da atividade administrativa – de evitar, em suma, que, além de jurisdição, faça uma segunda administração.

A grande questão em toda essa problemática se encontra, sobretudo, na zona de fronteira em que o Governo adota medidas fundamentadas em questões de oportunidade, gestão de recursos (humanos e financeiros) escassos e a definição do sentido de uma política pública¹⁹⁴. A análise da situação concreta e a consequente execução de atos a fim de gerir da melhor maneira determinada realidade se mostra uma atuação bastante minuciosa e cheia de detalhes, sendo até mesmo perigosa à atuação do Judiciário na tentativa de controle dela.

Quando se fala em controle judicial¹⁹⁵, independentemente da matéria tratada, deve-se sempre ter em conta que a atuação de qualquer dos titulares de poder não é ilimitada. Os limites materiais existem, principalmente, para se evitar uma intervenção indesejada e desarrazoada de um poder sobre o outro e, no caso em comento, do poder judicial sobre os demais. É sempre uma questão de ponderação, de equilíbrio de forças políticas – a força política eventual dos Tribunais e a do Executivo e do Legislativo, respectivamente. A atividade legal ou vinculada do Estado deveria ser jurisdicionalmente apreciada, justamente na medida dessa vinculação, sendo que

¹⁹⁴ Cf.: PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo, Processo n. 01143/06, Lisboa, Acórdão de 06 mar. 2007; Ibid. Supremo Tribunal Administrativo, Processo n. 0687/07, Lisboa, Acórdão de 08 jul. 2009.

¹⁹⁵ Canotilho observa que o legislador, ao evitar o controle jurisdicional direto da atividade legislativa do Parlamento, pensou em riscos para o interesse público idênticos aos que o mesmo interesse público correria quando se facultasse o recurso direto de anulação contra os atos políticos do Executivo. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. 7ª ed. p. 525.

qualquer desconto introduzido pela ordem jurídica a essa lógica de coincidência acarreta a diminuição da força política¹⁹⁶

CONCLUSÃO

O assunto tratado no trabalho é, de fato, bastante delicado e, porque não, complicado, por tratar de temas como direitos fundamentais mínimos, atuação do Estado como principal executor dos mesmos, e o papel do Poder Judiciário na fiscalização desse tipo de atuação. Ao lidar com a problemática, surge automaticamente a questão relativa às atribuições específicas de cada poder ou função, e os limites de atuação que seus titulares devem atentar.

A chamada “politização do judiciário” ou “judicialização da política” se refere à atuação dos juízes quando da análise da execução de políticas públicas pelo Poder Executivo. É sabido que as mesmas servem como meio do administrador público aplicar de fato os diversos direitos fundamentais sociais previstos na Carta Maior e, como defensor direto de suas normas, o judiciário assume o papel de fiscalizador das ações do Executivo neste assunto. A atuação em si não é completamente descabida, pelo contrário, no atual momento jurídico e político – Neoconstitucionalismo/ Estado de Direito Democrático- em que nos encontramos, a mesma aparece como necessária em diversos casos.

A afirmação se dá pelo fato de que os direitos sociais detêm importância significativa no quadro de direitos previstos em quase todos os ordenamentos jurídicos em todo o mundo, e sua fiel aplicabilidade no caso concreto passa a ser vista como finalidade principal a ser perseguida pelo Poder Público, comumente chamado de Poder Executivo. A importância de sua real aplicação à realidade social é tamanha por se tratarem de direitos relacionados ao chamado mínimo existencial, pois abarcam direitos como a saúde, a educação, a habitação, o trabalho, dentre outros. Tendo real relação com a sociedade e suas necessidades básicas, e total importância em sua sustentabilidade.

Todavia, apesar da importância dessa atuação mais ativa do judiciário, onde o mesmo analisa a postura tida pelo Poder Executivo, por meio do seu administrador público, os julgadores, nesse ofício, devem prestar atenção diferenciada em relação aos

¹⁹⁶ Ibid. p. 525.

limites de sua atuação, na medida em que cada poder detém atribuições específicas e a invasão das mesmas pelos demais poderes, além de ser contrária a própria Constituição por infringir um dos seus princípios basilares – Princípio da Separação dos Poderes-, faz surgir uma situação de arbitrariedade e, conseqüente, desequilíbrio entre as funções estatais.

Ao chamar atenção para este fato o que se pretende não é evitar, muito menos, anular esse tipo de atitude cada vez mais frequente nos tribunais, principalmente em país em desenvolvimento, onde os direitos sociais não são, muitas vezes, aplicados adequadamente. Mas, a intenção é exatamente a mesma dos julgadores quando atuam dessa forma, ou seja, assegurar a real aplicabilidade dos direitos sociais. Isso se dá pelo de que, quando não são respeitados o limites previstos em relação as funções específicas de cada Poder (Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário), um determinado poder, no caso em análise, o Judiciário, conseqüentemente, abarcará atribuições suas e atribuições do Executivo, se tronando o que muitos denominam de “super poder”.

Um “super poder”, apesar de parecer algo até mesmo positivo, por ter força maior que os demais quando pretende alcançar um bem maior, na verdade é bastante prejudicial para o bom e equilibrado funcionamento da máquina pública e do sistema político e jurídico como um todo. Afinal, o princípio da separação dos poderes, tão importante para o regime democrático por especificar atribuições de cada um dos três poderes, delimita que os mesmos são independentes e harmônicos entre si, e que mesmo em um sistema de freios e contrapesos, cada um deve respeitar o limite de atuação, ou seja, o núcleo essencial dos demais.

Por isso que, quando da análise pelo judiciário das diversas demandas relacionadas a atuação do executivo na aplicação de direitos sociais por meio de políticas públicas, o mesmo deve observar os limites de sua atuação previstos na Constituição, seja por meio do próprio princípio alhures mencionado, seja por meio das diversas normas relativas as políticas públicas e que por omissão do Estado não foram cumpridas. Ambas as situações preveem determinados limites e que, caso não sejam respeitados, podem levar a uma situação grave de concentração abusiva de poder nas mãos de um só aplicador.

Como dito, esse quadro de abuso dos limites em relação à atitude do poder judiciário na situação aqui especificada, ocorre com mais frequência em países em desenvolvimento. Porém, a temática não deixa de ter importância bastante significativa para todos os ordenamentos jurídicos, haja vista que, caso esse tipo de atitude ganhe

proporções acima do esperado, ou seja, caso o judiciário no ímpeto de fazer valer os diversos direitos sociais sem analisar os inúmeros fatores a ele relacionados, em especial, os ditames previstos na teoria da separação dos poderes, irá nascer daí um cenário de caos, arbitrariedade, ilegitimidade e, isso acarretará na falta de aplicabilidade dos direitos sociais, motivo primeiro de toda essa cadeia de atuações.

Daí conclui-se que, apesar da atitude dos titulares do poder judiciário ser aceita e, em determinadas situações, necessária, por conta da omissão do Estado na aplicabilidade dos direitos sociais, aqueles devem fazê-la de modo coerente com os ditames Constitucionais sobre o assunto e respeitar os limites de atuação de cada poder –núcleo essencial-, pois somente assim o equilíbrio das instituições será mantido, e por consequência todo o sistema jurídico e político será preservado. O alcance de uma realidade ideal em que todos os direitos sociais são de fato disponibilizados para todos os cidadãos é tarefa bastante árdua, e somente possível caso todos os poderes, de forma conjunta, atuem para este fim.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 217, pp. 55-66, jul./set. 1999.

_____. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madri: Ernesto Garzón Valdés, 1993.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2017.

APPIO, Eduardo Fernando. *O Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. 473 p. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2004.

_____. *A Discricionariedade política do poder judiciário*. Curitiba: Juruá, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed. Editora Forense, 2013.

ARISTÓTELES. *Política*. Trad. António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Lisboa: Vega, 1998.

_____. *Política*. Disponível em: <<http://www.livrosgratis.com.br/ler-livro-online-135181/politica>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

AVRITZER, Leonardo. *Instituições Participativas e desenho institucional: algumas considerações sobre a variação da participação no Brasil democrático*. Opinião Pública, Campinas, vol.14, n. 1. Junho, 2008.p. 43-64.

A Teoria Lockeana da Separação de Poderes. Disponível em: <<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4129304d04cff4cb>>>. Acesso em 22 de março de 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 240, pp. 83-103, abr./jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 240, pp. 1-42, abr./jun. 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BELLAMY, Richard; CASTIGLIONI, Dario. Review Article: Constitutionalism and Democracy – Political Theory and the American Constitution. Cambridge University Press, 1997.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6ª ed. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRASIL, Dailton Ribeiro. *Ativismo Judicial e Direitos Fundamentais: leituras em Garapon e Ricour*. Curitiba: Juruá, 2014.

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.

CANELA JÚNIOR, Oswaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo poder judiciário*. Inédito. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 35, n. 138, pp. 39-48, abr./jun. 1998.

CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. *Outros Limites ao Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. in *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas/ coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe*. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2016.

DWORKIN, Ronald. Equality, *Democracy and Constitution: We the People in Court*. *Alberta Law Review*. Alberta, v. XXVIII, n. 2, pp. 324-346, 1990.

_____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma questão de princípios*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Paul N. Cox. Valparaiso University Law Review, 1981.

Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/364/r138-04.pdf>>. Acesso 02 de julho de 2018.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 10 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GALDINO, Flávio. *O Custo dos Direitos*. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pp. 139-222.

GONÇALVES, Pedro Costa. *O Governo da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 2013.

GOUGH, J. W. *A separação de poderes e soberania*, in: O pensamento político clássico: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau. Organização, introdução e notas de Célia Galvão Quirino e Maria Teresa Sadek R. de Souza. São Paulo,: T. A. Queiroz Editor, 1992.

_____. *Introdução a Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. In O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. – 2 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na Moral*. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

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

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A Reserva do Possível: Obrigação de Previsão Orçamentária e de Aplicação de Verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KRELL, Andreas J. Discricionariedade Administrativa, Conceitos Jurídicos Indeterminados e Controle Judicial. *Revista ESMAFE: Escola da Magistratura Federal da 5ª Região*. Recife, n. 8, pp. 177-224, dez. 2004.

LOEWESTEIN, Karl. *Political Power and the Governmental Process*, publicada em 1957 pela The University of Chicago Press, e republicada em 1968, em alemão, sob o título *Verfassungslehre*. 3. ed. Tübingen : J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1975

LOCKE, John. The Second Treatise of Government. In: LOCKE, John. *Political Writings*. Edited and with an Introduction by David Wootton. Londres: Penguin Books, 1993.

_____. *Two Treatises Of Government and a Letter Concerning Toleration*. Edited and with an Introduction by Ian Shapiro. New Haven: Yale University Press. 2003.

LOEWESTEIN, Karl. *Verfassungslehre*. 3ª ed. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1975.

MACHADO, Jónatas E. M. *Breves notas sobre a justiciabilidade dos direitos sociais: perspectiva de direito constitucional angolano*. Sep. de: Boletim de Ciências Económicas. Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes. Vol. 57, t. 2 (2014). Coimbra, 2014.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Funções, órgãos e actos do Estado: apontamentos de lições*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1990

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito Administrativo: Textos e Casos Práticos Resolvidos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

OLIVEIRA, Arlindo Fernandes de. *O judiciário legislador: sobre sentenças de caráter normativo do poder judiciário brasileiro prolatadas no início do século XXI e o sistema brasileiro de freios e contrapesos, à luz das teorias a respeito da separação dos poderes*. Brasília: Senado Federal, 2010.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PAIXÃO, Leonardo A. *A Função Política do Supremo Tribunal Federal*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

PIÇARRA, Nuno. A Reserva de Administração. *O Direito*. Lisboa, a. 122, n. 2, pp. 325-353, abr./jun. 1990.

_____. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

POSNER, Richard A. *The Essential Holmes: selections from the letters, speeches, judicial opinions, and others writings of Oliver Wendell Holmes*. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1992. p. XII.53; ano 122, 3/4 (Jul./Dez. 1990), 571-601.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Estudos de Direito Público*. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

QUEIRÓS, Cristina M. M. *Os Atos Políticos no Estado de Direito: o Problema do Controle Jurídico do Poder*. Coimbra: Almedina, 1990.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. 2 ed. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Editora Atica, 2000.

Ronald Dworkin. Equality, Democracy and Constitution: We the People in Court, in *Alberta Law Review*, Vol. 28, n. 2. Disponível em: <<https://www.albertalawreview.com/index.php/ALR/article/view/1605/1594?>>. Acesso em 17 de maio de 2018.

RODRIGUES, Marta M. Assumpção. *Políticas Públicas*. São Paulo: Publifolha, 2010.

SANTOS, Leonardo Fernandes dos. Quarta Geração/Dimensão dos Direitos Fundamentais: Pluralismo, Democracia e o Direito de Ser Diferente. *Revista Direito Público*. Brasília, n. 35, pp. 66-83, set./out. 2010.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, v. 17, p. 111, 1999.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *O mercado de trabalho humano: a globalização econômica, as políticas neoliberais e a flexibilidade dos direitos sociais no Brasil*. São Paulo: LTr, 1998.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *Teoria Geral do Direito à Alimentação, Cultura, Cidadania e Legitimação*. Birigui: Boral, 2015.

SOARES, Igor Alves Norberto. *Brevíssimas considerações sobre a formação do estado democrático de direito*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/brev%20ADssimas-considera%20A7%20B5es-sobre-forma%20A7%20A3o-do-estado-democr%20A1tico-de-direito>>. Acesso em: 14 mai. 2018.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*. Porto Alegre, a. 8, n. 16, pp. 20-45, jul./dez. 1999.

SOUZA, Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de. Controle Judicial das Políticas Públicas: perspectiva da hermenêutica filosófica e constitucional. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 5 (número especial), 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais- sociais no Brasil*. Novos Estudos Jurídicos – Volume 8 – n. 2 – p. 257-301, maio/ago, 2003. Disponível em: <file:///C:/Users/Brenda/Downloads/336-556-1-PB.pdf >. Acesso em 10 de maio de 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TORRES, Silvia Faber. *A Flexibilização do princípio da legalidade no direito do Estado*. Editora Renovar, 2012.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

JURISPRUDÊNCIA

ALEMANHA, Tribunal Constitucional Federal Alemão “Bremer Personalvertretungsgesetz”, in BVerGE, 9, p. 268, máxime 280.

PORTUGAL. Tribunal Central Administrativo do Norte, Processo n. 44/2006, Porto, Acórdão de 8 mai. 2008.

_____. Tribunal Constitucional de Portugal, 2ª Secção, Processo n. 224/88, Acórdão n. 182/90, Relator Conselheiro Alves Correia, Lisboa, j. 06 jun. 1990.

_____. Supremo Tribunal Administrativo, Processo n. 0687/07, Lisboa, Acórdão de 08 jul. 2009.

_____. Supremo Tribunal Administrativo, Processo n. 0816/06, Lisboa, Acórdão de 23 ago. 2006.

_____. Supremo Tribunal Administrativo, Processo n. 0855/10, Lisboa, Acórdão de 09 dez. 2010.

_____. Supremo Tribunal Administrativo, Processo n. 0956/10, Lisboa, Acórdão de 29 mar. 2011.

_____. Supremo Tribunal Administrativo, Processo n. 01143/06, Lisboa, Acórdão de 06 mar. 2007.

_____. Supremo Tribunal Administrativo, Processo n. 01214/05, Lisboa, Acórdão de 05 dez. 2007.

_____. Supremo Tribunal Administrativo, Processo n. 44/06, Lisboa, Acórdão de 08 maio. 2007.

_____. Supremo Tribunal Administrativo, Processo n. 43 438, Lisboa, Acórdão de 16 abril. 2002.

_____. Supremo Tribunal Administrativo, Processo n. 48 174, Lisboa, Acórdão de 05 fev. 2001.

_____. Supremo Tribunal Administrativo, Rec. N. 45 990, Processo n. 713/2010, Lisboa.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 211/86, in Diário da República, II Série, de 7 de Novembro de 1986.

_____. Tribunal Constitucional n.º 317/89, in Diário da República, II Série, de 16 de Junho de 1989.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 13 de Novembro de 1980, in Acórdãos Doutriniais do Supremo Tribunal Administrativo, ano XX, n.º 231, pp. 286 e segs..

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (Tribunal Pleno), de 23 de Fevereiro de 1988, in Acórdãos Doutriniais do Supremo Tribunal Administrativo, ano XXVIII, n.º 328, pp. 487 e segs..

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 436.996 – AgRg/Sp.

_____. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 684.612 Relatora Ministra Carmen Lúcia (DJe 06/12/2014), com Repercussão Geral no STF.

_____. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 566.471, Relator Ministro Marco Aurélio, Tema 6, DJe 6.12.2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 592.581, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tema 220, DJe 19.11.2009.

_____. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 607.582, Relatora Ministra Ellen Gracie, Tema 289, DJe 26.8.2010.

_____. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 657.718, Relator Ministro Marco Aurélio, Tema 500, DJe 9.3.2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg na SLS 1.276/RJ, Corte Especial, rel. Min. Ari Pargendler, j. 28.10.2010, DJe 19.11.2010.

_____. STA 335/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, j. 12.06.2009, DJe 23.06.2009.

_____. Supremo Tribunal Federal, Recurso extraordinário n. 627189, relator Ministro Dias Toffoli. Repercussão Geral. Dje 03.4.2017.

ADI 3.343/DF, Plenário, rel. Min. Ayres Britto, rel. p/acórdão Min. Luiz Fux, j. 01.09.2011, DJe 22.11.2011.