ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

Direito e Liberdade

PONDERAÇÕES ACERCA DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

REFLECTIONS ON THE JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC POLICIES

Rafael da Cunha Pimenta*

RESUMO: A implacável evolução dos sistemas jurídicos já não é capaz de tolerar a manutenção de posicionamentos doutrinários cuja exacerbada rigidez impossibilite a concretização de direitos fundamentais previstos constitucionalmente. Diante de tal circunstância, o presente trabalho objetiva, a partir de uma análise doutrinária e jurisprudencial, ratificar a necessidade de uma revisão no sistema de tripartição dos poderes estatais, de modo a legitimar a atuação comissiva do Poder Judiciário na promoção e no controle jurisdicional de políticas públicas. Para tanto, enfatiza-se o caráter político atribuído, hodiernamente, aos magistrados e ressalta-se a aplicação casuística de toda a temática ora proposta às ações coletivas, em face da importância social que lhes é inerente e em virtude dos benefícios que podem advir da plena aplicabilidade do modelo apresentado a seu objeto material.
Palavras-chave: Tripartição dos poderes. Controle jurisdicional. Políticas públicas.

ABSTRACT: The relentless evolution of the judicial systems is no longer able to endure the existence of rigid doctrinaire positions that make the maintenance of fundamental constitutional rights impossible. Under such circumstances, this paper aims at presenting an argument in favour of a revision in the tripartite system of the state power. It does so through both doctrinaire and jurisprudence analysis that support an active position of the Judicial power in the promotion and judicial control of public policies. The emphasis, therefore, relies on the political attributes contemporarily given to magistrates and highlights the casuistry application of all issues proposed in collective cases. The abovementioned cases were selected based in their inherent social importance and benefits that may arise from the full applicability of the model presented here.
Keywords: Tripartite Division of Powers. Judicial Control. Public Policies.

* Acadêmico do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Servidor Público Federal. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

Logo nos primeiros contatos do operador da ciência jurídica com seu objeto de trabalho apreende-se a concepção de que o Direito é um instrumento de tutela dos interesses da coletividade, por meio do qual se busca um estado de pacificação social, fato que consubstancia seu fim precípuo. Essa situação ideal de plena harmonia entre os indivíduos situa-se, no entanto, inegavelmente, no que se convencionou denominar mundo do dever-ser, uma vez que diante das particularidades inerentes a cada pessoa nunca se observou - e nem se observará - um patamar de relações sociais irrepreensíveis, no qual cada ser aja estritamente dentro de sua esfera de liberdade pessoal, de modo a não se imiscuir na individualidade do outro.

Desde tempos imemoriais, antigos pensadores[1] já preconizavam que o homem é um ser social, e em face dessa impossibilidade de sobreviver sozinho, não há como imaginar que todas as relações cotidianas possam ser dotadas de plena convergência de interesses. Veja-se que as interações sociais são interpessoais e que seus sujeitos, muitas vezes, possuem aspirações, conceitos e padrões comportamentais totalmente distintos uns dos outros, fato que culmina em uma total incompatibilidade de finalidades e suscita o conflito. É, pois, esse conflito que o Direito se presta a regular.

É inegável, também, que para assegurar eficazmente a tutela dos interesses da sociedade, o Direito necessita acompanhar as modificações verificadas em sua dinâmica.

Com relação a essa questão, é imperioso, ainda, observar que a velocidade com que acontecem as modificações na dinâmica da sociedade é em muito superior a do desenvolvimento jurídico, restando evidente, desse modo, a necessidade de o Estado se munir de instrumentos que possibilitem essa atualização, sob pena de negar efetividade à plena defesa dos interesses da coletividade almejada pelo Direito.

Nas seguintes linhas, serão apresentados alguns importantes mecanismos de atuação comissiva que têm sido adotados pelo Poder Judiciário, com o escopo de melhor assegurar a tutela dos interesses coletivos submetidos a sua apreciação. E nesse sentido, é importante perceber que a partici-

1 Aristóteles, em sua obra intitulada *Política*, concebia o homem como ser social, o qual só seria capaz de sobreviver em comunhão com indivíduos semelhantes.

pação ativa do Judiciário nas políticas estatais tem, muitas vezes, possibilitado a concretização casuística de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados no ordenamento jurídico pátrio.

2 UMA REAVALIAÇÃO DA TRIPARTIÇÃO FUNCIONAL DOS PODERES

No início da organização do Estado moderno vigorava o modelo absolutista de acordo com o qual determinado ente – o príncipe – detinha plena soberania para o desempenho das atividades governamentais, sendo o encarregado de todas as funções estatais. Ele era responsável por administrar o Estado, editar as normas regulamentadoras das relações interpessoais e aplicar ao caso concreto cada uma delas, na medida de suas convicções pessoais. Havia um exacerbado grau de liberdade para a atuação do soberano, de modo que ele nem mesmo se vinculava às normas editadas. Não existia, sequer, um sistema de controle desses atos tal como o que se conhece, hodiernamente.

Além disso, tinha-se um Estado extremamente interventor, que não conferia qualquer espécie de liberdades pessoais aos indivíduos, tentando manter todo o funcionamento estatal e as relações pessoais sob o manto de um poder soberano.

O contínuo desenvolvimento da sociedade, entretanto, não foi capaz de tolerar a manutenção de tal sistemática estatal. Surge, então, nesse contexto, o Estado de Direito, inaugurando um modelo no qual o poder do príncipe[2] deveria, também, ser objeto de regulação pelo próprio sistema vigente, não comportando mais todo e qualquer tipo de arbitrariedade, de modo a assegurar o mínimo de liberdades negativas[3] aos indivíduos, frente à soberania do Estado.

Imperioso ressaltar, nesse ponto, a importância do modelo de tripartição dos poderes estatais preconizado por Montesquieu[4], o qual se pautava em um pressuposto baseado em uma ideia de dividir para melhor organizar. Estabelecendo três funções estatais básicas – a administrativa; a legislativa e

2 Tal terminologia deve ser aqui entendida sob uma perspectiva ampliativa, de modo a se conformar às particularidades de todo e qualquer Estado que, porventura, não tenha empregado essa exata denominação a seus soberanos.

3 Denominação utilizada na teoria dos quatro *status* proposta por Jellinek.

4 Além de Montesquieu, em sua obra *O Espírito das Leis*, Aristóteles (em obra já mencionada denominada *Política*) também tratava da divisão dos poderes estatais como forma de melhor organizar as funções do Estado.

a jurisdicional – o autor procurava um modo de otimizar a atuação do ente público, por intermédio de uma estruturação organizada de funções distintas e de extrema importância para o pleno funcionamento estatal.

Cada faceta do Estado seria, então, responsável por determinada atribuição, gozando de considerável margem de autonomia para o desempenho de tal mister.

Por se coadunar perfeitamente com as necessidades estatais, pode-se dizer que tal modelo deteve plena aceitação, sendo, até hoje, o fundamento basilar de quase todos os Estados contemporâneos, evidentemente, tendo sofrido inúmeras adaptações em face da dinâmica que permeia a sistemática da sociedade.

A vigente Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), em seu art. 2º, apresenta como poderes *independentes* e *harmônicos* entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Cada um desses três poderes estatais possui uma atribuição específica que consubstancia sua função típica. Nesses termos, cabe ao Poder Executivo a administração do Estado; ao Poder Legislativo a edição de atos normativos que regulamentem a atuação do Estado e dos particulares; e ao Poder Judiciário a aplicação das leis editadas pelo legislador aos casos concretos submetidos à sua apreciação.

Importante referenciar, todavia, que essas não são as únicas funções desempenhadas por cada um dos poderes estatais. Aliadas às atribuições referidas, existem as chamadas funções atípicas também por eles desempenhadas. Trata-se de situações nas quais, por exemplo, o Poder Judiciário é autorizado a editar determinadas normas que regulamentem a estrutura e funcionamento interno de tribunais[5], além de ter o poder de administrar questões atinentes a seu quadro de pessoal[6] (aproximando-se das funções legislativa e administrativa, respectivamente). Também expressam situações similares os casos em que ao Poder Legislativo é dada a competência para julgar crimes de responsabilidade[7] (denotando atribuição flagrantemente jurisdicional) e a possibilidade de o Presidente da República (chefe do Poder Executivo) editar Medidas Provisórias[8], com força de lei – *lato sensu* – configurando atribuição veementemente legiferante.

5 Art. 96, I, a, CRFB.
6 Art. 96, I, f, CRFB.
7 Art. 86, CRFB.
8 Art. 62, CRFB.

Urge ressaltar que é a própria Constituição da República que autoriza tais posicionamentos aparentemente excepcionais, não havendo como se falar em qualquer eventual interferência indevida de um poder sobre outro.

Além disso, a evolução dos sistemas jurídicos já não permite a concepção de uma divisão absoluta entre os poderes que compõem o Estado. Há que se entender que o ente público é uno e, portanto, seu poder também o é. A tripartição tem como finalidade precípua uma melhor organização das atividades desenvolvidas, não podendo, desse modo, constituir um óbice à plena fiscalização dos deveres dos agentes públicos.

Admitir a possibilidade de poderes totalmente independentes e desconsiderar a harmonia prevista constitucionalmente é permitir o retorno ideológico ao sistema vigente no Estado Absolutista, já que nem mesmo seria possível o controle judicial dos atos administrativos. Veja-se que os critérios de razoabilidade e proporcionalidade são os mais indicados para o deslinde de tais questões, uma vez que o extremismo mostra-se significativamente nocivo para ambas as concepções. Perceba-se que a adoção de posicionamentos diametralmente opostos impediria tanto a determinação de atitudes comissivas, quanto a própria regulação negativa por parte do Judiciário.

Ora, sabe-se de maneira incontroversa que nenhum legislador é capaz de antever todas as situações possíveis a serem alcançadas pela norma que editou. Em face disso, dota a norma de significativo caráter geral e abstrato, de modo a alcançar o maior número de casos possíveis a serem regidos pelo dispositivo proposto.

O constituinte, então, além de estabelecer expressamente certas circunstâncias em que os poderes exerceriam funções atípicas, determinou que eles atuassem de forma independente e harmônica.

Pautando-se em um modelo interpretativo sistemático, tem-se, além de todo o exposto, a existência de um permissivo constitucional que possibilita a adoção de um mecanismo de freios e contrapesos[9] entre os poderes estatais, capaz de conferir uma autorregulação do sistema pelo próprio sistema.

Tem-se, então, como inconcebível a persistência, verificada ainda hoje, de decisões judiciais fundadas simplesmente na independência dos

9 O STF, no julgamento, da ADI 3046/SP, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, já manifestou entendimento no sentido de que vige, no ordenamento pátrio, o sistema de limitação recíproca dos poderes pautado no modelo proposto de freios e contrapesos (*checks and balances*).

poderes, revelando um conteúdo eminentemente político e não jurídico.

Diante de tais constatações, resta patente a inegável importância da atuação do Poder Judiciário nesse modelo, uma vez que é ele o responsável pela aplicação casuística da norma ao caso concreto.

Como decorrência silogística dessa concepção, o magistrado – como órgão jurisdicional – também possui participação extremamente relevante em todo esse processo, visto que é por intermédio de sua atuação que o objeto da função judicante se concretiza.

3 ATUAÇÃO POLÍTICA DO MAGISTRADO

Hodiernamente, a função atribuída aos juízes não se limita à mera subsunção do fato à norma, como outrora se concebia. O magistrado, investido da função estatal de aplicar casuisticamente o Direito, é rotineiramente levado a julgar litígios dos quais nunca decorrem interesses absolutos ou incontestáveis. Tratam-se dos chamados *hard cases,* caracterizados por situações de conflitos entre direitos efetivamente relevantes suscitados por ambos os polos envolvidos no processo[10].

Sabe-se que excetuados os casos de impossibilidade legalmente reconhecida de se proceder ao julgamento[11], não é conferida ao magistrado a prerrogativa de negar a prestação jurisdicional pleiteada pelas partes, mediante a alegação de razões infundadas, sob pena de violar as garantias constitucionais de inafastabilidade da apreciação do Judiciário e do acesso à justiça, previstas no art. 5º, XXXV e LXXIV da Constituição da República. O art. 126[12] do CPC também trata expressamente acerca dessa impossibilidade, conformando assim, satisfatoriamente, o sistema pátrio à Teoria da Plenitude do Orde-

10 Nesse ponto merecem destaque as ações coletivas em face de seus objetos socialmente relevantes e da importância prática das questões postas em discussão, uma vez que a resolução do conflito suscitado pode repercutir para além de limites pessoais ou geográficos, possibilitando o gozo de benefícios obtidos por intermédio de determinação judicial a indivíduos que inicialmente nem participaram ativamente do processo, mas cujos interesses foram plenamente defendidos por entes legitimados para o exercício de tal atribuição.

11 O vigente Código de Processo Civil, por exemplo, estabelece em seu art. 134 e seguintes, causas de impedimento e suspeição que impossibilitam o exercício das funções jurisdicionais pelos magistrados diante de determinadas circunstâncias.

12 O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (art. 126, CPC).

namento Jurídico preconizada pelo professor Norberto Bobbio[13].

Ora, se o juiz não pode se escusar de decidir acerca de um litígio submetido à sua apreciação deve, necessariamente, angariar subsídios, sobretudo de cunho hermenêutico, para solucionar fundamentada e satisfatoriamente o caso concreto[14]. É nesse ponto que reside o cerne do papel político desempenhado pelo magistrado.

Ao se deparar com uma situação de confronto entre interesses semelhantemente relevantes cabe ao magistrado buscar no sistema vigente fundamentos que respaldem sua decisão, sejam eles compostos de elementos normativos ou axiológicos, desde que suportados pelo ordenamento jurídico e em conformidade com ele.

Para formar seu convencimento acerca da matéria posta em discussão, o magistrado terá que determinar qual dos interesses em questão deve, no caso concreto, prevalecer sobre os demais. Isso não significa, contudo, que seu posicionamento será manifestado sempre nesse sentido. A análise é tão somente casuística, levando em consideração os elementos presentes no caso concreto.

É, portanto, perfeitamente possível que em um processo posterior, envolvendo interesses de mesma natureza, o juiz prolator da decisão manifeste-se exatamente em sentido contrário ao que havia anteriormente determinado, desde que fundamente satisfatória e adequadamente sua proclamação.

Pode-se verificar, diante de tais circunstâncias, que em determinadas situações o magistrado passa a contar com uma maior gama de critérios subjetivos para proferir suas decisões[15]. Ele deve, no entanto, avaliar cada caso a partir de parâmetros concretos que possuam respaldo no ordenamento jurídico, mas que, sobretudo, tenham plena afinidade com os anseios da população e considerem, sobremaneira, a realidade social na qual estão inseridos, de modo a conferir a almejada eficácia de sua decisão.

13 Sobre o tema, imprescindível conferir as elucidativas considerações do professor Norberto Bobbio, em sua obra **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora UnB, 1995.

14 Veja-se que tais situações, de modo nenhum, autorizam o magistrado a decidir sem a necessária fundamentação exigida pelo art. 93, IX, da Constituição de República, mesmo porque tal determinação constitucional visa assegurar o devido processo legal, garantindo às partes respaldo material para o exercício do contraditório, da ampla defesa e da possibilidade de revisão das decisões judiciais mediante o recurso ao duplo grau de jurisdição.

15 Ao estipular qual interesse deve prevalecer no caso concreto, resta evidenciado o viés político da atuação do ente judicante, aliado a sua função criadora, já há muito reconhecida na doutrina jurídica. Nesse sentido, veja-se KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Com o escopo de melhor instrumentalizar esse modelo, a doutrina[16] propõe a observância de certos métodos hermenêuticos para permitir a adequada concretização desse viés político das atribuições dos magistrados, dentre os quais merecem destaque a ponderação e o princípio da proporcionalidade.

No que tange à ponderação, é imperioso ressaltar sua relevância na determinação prática de qual interesse deve prevalecer no caso concreto. Veja-se que se trata de um mecanismo por intermédio do qual o julgador irá sopesar cada um dos interesses suscitados e definir qual é, casuisticamente, o mais importante.

Perceba-se, por exemplo, que diante de situações nas quais estejam em jogo direitos de hierarquia constitucional, tais como direitos fundamentais, não há como solucionar a demanda empregando simplesmente técnicas processuais ou legais.

Atualmente, é impossível afirmar, por exemplo, que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225 da Constituição da República, deve sempre sobressair à garantia do desenvolvimento nacional, firmada constitucionalmente como objetivo fundamental da República (art. 3º, II, CR). Da mesma forma, nem sempre o direito à saúde – também assegurado constitucionalmente (art. 196, CR) – deverá se sobrepor aos limites orçamentários aos quais se submete o Estado. Todos os direitos ora referenciados têm guarida na Lei Fundamental do ordenamento pátrio, não havendo, portanto, uma solução pré-estabelecida para tais conflitos.

Neste ponto reside a importância da ponderação. Somente com o adequado emprego deste artifício hermenêutico é que o operador do Direito poderá, pautando-se numa interpretação sistemática da Constituição e respeitando os princípios fundamentais dela decorrentes, aferir qual interesse deve ser tutelado.

Há que se observar, todavia, a necessidade da razoabilidade e proporcionalidade dessas decisões, uma vez que a tomada de posição em um determinado sentido importa, necessariamente, em uma lesão a outro direito também resguardado pela Constituição. O limite imposto pela manifestação jurisdicional contrária deve, então, ser suportável pelo seu titular sob pena de violar, do mesmo modo, um direito constitucionalmente assegurado.

16 Por todos: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

Mais uma vez impende despertar a atenção para a aplicação dessa realidade às demandas coletivas. Em face de sua relevância social, o resultado delas decorrente assume contornos bem mais visíveis perante toda a coletividade, determinando também uma maior efetividade das medidas implementadas judicialmente. Portanto, ao mesmo tempo em que uma decisão acertada poderá beneficiar inúmeros indivíduos; uma manifestação judicial inapropriada pode desencadear consequências sociais desastrosas.

Ressalta-se, nesse ponto, então, a importância do princípio da proporcionalidade, o qual, simplificadamente, deve ser entendido como a busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados.[17]

Fazendo uso das sábias considerações tecidas pelo professor Sérgio Cruz Arenhart[18], tem-se que:

> É preciso sempre considerar a *finalidade* dos dispositivos legais em conflito (que tutelam bens jurídicos determinados); tais fins podem ser logrados por distintos *meios*, sendo sempre de se optar pelo meio mais *adequado* à situação específica. Na avaliação dessa adequação, entra também o critério da *exigibilidade,* no sentido de que tal meio represente o menor sacrifício possível ao outro interesse, que será subjugado. Por fim, deverá ser avaliada a *proporcionalidade* em sentido estrito, de forma a apresentar o resultado mais vantajoso, ou seja, aquele que obtém o melhor resultado em relação a um interesse, com o menor sacrifício aos demais interesses envolvidos no conflito.

Perceba-se a importante referência feita à análise acerca da *ratio* dos dispositivos envolvidos e constate-se a inegável necessidade da observância da finalidade pretendida pela norma para a plena e adequada concretização dos direitos e interesses fundamentais nela consubstanciados.

17 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista de processo – RePro**, São Paulo, n. 164, a. 33, out. 2008.

18 ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle jurisdicional das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <http:// jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>. Acesso em: 2 jun. 2010.

4 CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Os direitos fundamentais possuem em seu cerne uma forte e inegável acepção política. Sua atual previsão no sistema jurídico pátrio é fruto de calorosos embates, não apenas no âmbito ideológico, mas também, muitas vezes, físicos[19]. Essa constatação, todavia, não deve ensejar a desconsideração da juridicidade inerente a tais direitos.

A Constituição da República, promulgada em 1988, inaugurou um Estado Democrático de Direito fundado em importantes princípios, dentre os quais merece destaque a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CR), podendo ser concebida, por exemplo, na importância conferida às liberdades individuais face ao Estado e na necessidade de o ente público atuar em benefício dos particulares, de modo a assegurar-lhes o gozo de seus direitos[20].

Em face de seu caráter eminentemente analítico e apresentando-se internacionalmente como uma das mais ricas Leis Fundamentais instituidoras desses direitos e garantias fundamentais, a Constituição brasileira, em seu art. 5º, estabelece uma gama de previsões que possibilitam aos indivíduos a fruição de uma série de prerrogativas frente ao Estado, podendo exigir tanto prestações negativas quanto atuações propriamente positivas do ente público.

Não há como se negar efetividade a tais previsões normativas. O § 1º do referido art. 5º declara, expressamente, a imediata aplicabilidade das normas garantidoras de direitos e garantias fundamentais, caracterizando tais dispositivos como possuindo eficácia plena[21]. Além disso, buscando respaldo na teoria da pirâmide normativa, proposta por Kelsen[22], as disposições de natureza constitucional devem prevalecer sobre todos os demais diplomas legais, servindo, inclusive, como fundamento de validade das de-

19 Nesse sentido: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2008.

20 O Supremo Tribunal Federal, cumprido sua função de guardião da Constituição, tem adotado posicionamentos importantes fundados na dignidade da pessoa humana. Como exemplo dessa atuação, pode-se referenciar a edição da Súmula Vinculante nº 11, por parte do STF.

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

22 KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

mais normas integrantes do sistema.

Ora, se a Constituição ocupa o ápice da pirâmide normativa, seus dispositivos possuem plena efetividade e seu conteúdo funciona como fundamento de validade de todos os outros preceitos legais do sistema, o indivíduo tem total possibilidade de exigir do Estado a concretização desses seus direitos e garantias fundamentais.

É inconcebível, hodiernamente, considerar os dispositivos expressos no art. 5º da Constituição da República como meras normas programáticas. A *programaticidade* preconizada pela doutrina diz respeito a um direcionamento da atividade estatal por parte do poder constituinte. Trata-se uma política que o legislador gostaria de ver implementada pela atuação dos entes estatais.

Ocorre, todavia, que já são passados mais de 20 (vinte) anos da promulgação da vigente Constituição e algumas das políticas intentadas pelo constituinte ainda permanecem sem uma regulamentação apropriada, constituindo-se patente omissão do Estado em seus deveres para com a sociedade.

Veja-se que a inércia executivo-legislativa não pode servir de fundamento para a não concretização das políticas preconizadas pela Constituição, não sendo possível ao Estado furtar-se de assegurar interesses constitucionalmente resguardados, apoiando-se em uma omissão não admitida pelo sistema constitucional.

Resta evidenciada, então, a importância do Poder Judiciário na concretização e no controle das políticas públicas.

Se o magistrado como agente integrante do Estado exerce um *munus* público e, como foi visto, não pode se eximir de proferir uma sentença de mérito quando lhe são postos fatos juridicamente relevantes, formalmente consoantes com as regras processuais vigentes, inexiste, em sua atuação jurisdicional, uma limitação concreta ao seu poder de decidir, mesmo que sua determinação conflite, aparentemente, com uma atribuição tipicamente conferida a um outro poder estatal.

É imperioso salientar que o Estado é uno e que a teoria da tripartição dos poderes tem um cunho eminentemente organizacional, permitindo, como já fora salientado, o exercício de sua soberania de forma simultânea e especializada em searas distintas de seu âmbito de atuação.

Diante desse contexto é perfeitamente admissível que o Poder Judiciário, ao decidir litígios submetidos à sua apreciação, atue de maneira pró-ativa, concretizando e perfectibilizando o gozo de direitos não regulamentados pelo Poder Legislativo ou não implantados pela Administração, suprindo uma omissão Estatal que, a princípio, não lhe diz respeito.

Na verdade, é até preferível que o magistrado determine condutas positivas por parte do Estado. Senão veja-se: a finalidade precípua do Direito é a tutela dos interesses da coletividade, mediante a aplicação razoável do sistema constitucional vigente, buscando-se a concretização dos direitos fundamentais e um *status* de plena harmonia social. Parece ser evidente que a mera atuação do juiz como legislador negativo – como até então propunha o Supremo Tribunal Federal[23] – sequer tangencia o fim pretendido pelo Direito, fundamentando-se tão somente em critérios de conveniência política, não havendo, efetivamente, como se falar em interferência indevida do Judiciário em funções legislativas ou administrativas, nem mesmo se utilizar do princípio da separação dos poderes para fundamentar decisões nesse sentido.

A jurisprudência pátria, sobretudo nos tribunais superiores, tem, no entanto, aos poucos, evoluído no sentido de admitir um posicionamento concretista do Judiciário, satisfazendo, casuisticamente, o direito material pleiteado[24].

Merecem destaque, também, as decisões dos tribunais superiores que permitem o efetivo controle jurisdicional das políticas públicas, adotando, dentre outras, as concepções ora ratificadas no presente estudo.

Constatem-se, nesse sentido, as considerações proferidas pelo Min. Mauro Campbell Marques[25]:

23 Ratificando o exposto: BRASIL. STJ. **RE 493234 AgR/RS**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski - 1ª turma - 27/11/2007. BRASIL. STJ. **RE 358315/MG.** Relator: Min. Ellen Gracie - 2ª turma - 19/09/2003. BRASIL. STJ. **AgR-RE 322348/SC**. Relator: Min. Celso de Mello - 2ª turma - 06/12/2002.

24 A determinação da aplicação casuística da lei de greve dos trabalhadores celetistas aos servidores públicos em face de omissão legislativa atinente a tal direito (MI 712 / PA - Rel. Min. Eros Grau - Tribunal Pleno - 25/10/2007) pode ser considerada o *leading case* desse posicionamento gradualmente concretista adotado pelo STF. Sugere-se, no entanto, cautela na determinação da posição adotada pelo tribunal, tendo em vista que este ainda trata-se de um caso particular no entendimento majoritário da atual composição.

25 BRASIL. STJ. **REsp 813.408/RS**, julgado pela 2ª turma do STJ, em 2 de junho de 2009.

> [...]
> Se o Poder Público insiste em desconsiderar a norma, fazendo dessa previsão letra morta, caberá controle e intervenção do Judiciário, uma vez que, nestes casos, deixa-se o critério da razoabilidade para adentrar-se a seara da arbitrariedade, fato que, em último grau, caracteriza a omissão como ilegal.
> [...]
> A partir do momento em que opta pela inércia não autorizada legalmente, a Administração Pública se sujeita ao controle do Judiciário da mesma forma que estão sujeitas todas as demais omissões ilegais do poder Público, tais como aquelas que dizem respeito à consecução de políticas públicas[26].

Por fim, resta evidente a necessidade de uma reavaliação da função institucional atribuída a cada magistrado, em face de sua inegável importância para o sistema que integram como entes de notável relevância. Já não é possível conceber que conceitos rígidos e desarrazoados encubram as verdadeiras finalidades almejadas pelo Estado Democrático de Direito.

Nesse particular, imperioso destacar a necessidade de tal postura ser adotada pelos juízes, sobretudo quando estiverem diante de demandas de natureza coletiva, uma vez que a relevância social de seu objeto requer, de modo ainda mais premente, essa concretização, na busca pela máxima efetividade do processo coletivo e da adequada tutela dos interesses sociais.

5 CONCLUSÃO

Perscrutando o cenário político-jurisdicional do país, pode-se constatar a considerável relevância da temática proposta no presente estudo, sobretudo em face dos recentes posicionamentos adotados por juízes e tribunais brasileiros, incluindo o próprio STF.

Veja-se que o Estado brasileiro, atualmente, passa por uma patente modificação em sua concepção institucional e em decorrência dessa evolução os cidadãos, gradativamente, têm podido usufruir, efetivamente, de

26 Coadunando-se a tal entendimento, veja-se: BRASIL. STF. **ADPF 54 MC/DF**. Relator: Min. Celso de Mello - Decisão monocrática - 04/05/2004. BRAISL. STF. **AgR no RE 410715/SP.** Relator: Min. Celso de Mello - 2ª turma - 03/02/2006. BRASIL. STJ. **REsp 1041197/MS.** Relator: Min. Humberto Martins - 2ª turma - 19/09/2009.

direitos há muito assegurados pelo texto constitucional, mas que até então não eram concretizados em virtude da adoção de posturas omissivas inadmissíveis por parte dos entes dotados de competência para proceder à aguardada regulamentação.

Embora criticada por parte dos operadores do Direito e, principalmente, pelos integrantes dos outros dois poderes da União, a conduta próativa do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais é louvável, não havendo que se falar em usurpação das funções do Legislativo ou da Administração.

É bem verdade que os magistrados não foram sufragados pelo povo, não sendo, portanto, efetivos representantes eleitos pela soberania popular. Entretanto, por outro lado, não há como negar a existência de seu mister público, consubstanciado pela investidura de tais agentes como titulares efetivos de poder estatal. Perceba-se que, reflexamente, o modo legal de investidura dos magistrados - por decorrer de procedimento legiferante regular - legitima a atuação pública desses indivíduos, suprindo, por consequência, a outorga popular direta.

Observe-se, além disso, que ao agir comissivamente, os membros do Poder Judiciário estão cumprindo razoavelmente com suas atribuições funcionais, primando por resguardar a finalidade precípua do Direito, assegurando, ainda, aos jurisdicionados, o pleno gozo dos direitos e garantias previstos constitucionalmente, de modo a conferir a necessária força normativa da Constituição.

Saliente-se, por oportuno, que as leis regulamentares até então inexistentes podem perfeitamente - mediante iniciativa legítima e trâmite procedimental regular - ser elaboradas e aprovadas pelos entes competentes, passando a produzir seus efeitos devidos, evitando-se, assim, as decisões judiciais reputadas como ativistas, as quais, na verdade, apenas suprem lacunas provocadas pela inércia do Poder Legislativo.

Os juízes, antes de tudo, devem ser considerados como agentes estatais e, sendo o Estado uno, configurada está a legitimidade do Judiciário para a tomada de tais atos comissivos e atestada a possibilidade de tais mecanismos de atuação para a efetiva tutela dos interesses da coletividade.

O adendo veemente consiste, contudo, na análise responsável do caso

concreto, uma vez que todo o arcabouço dogmático que permite tal *modus operandi* é desconstituído diante de um excesso de judicialização capaz de efetivamente prejudicar a harmonia entre os poderes da União.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle jurisdicional das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <http:// jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>. Acesso em: 2 jun. 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das Políticas Públicas. **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, n. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. Ponderações sobre o pedido nas ações coletivas e o controle jurisdicional das políticas públicas. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Norte,** Natal, n. 6, p. 25-43, jan./jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora UnB, 1995.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista de processo – RePro**, São Paulo, n. 164, a. 33, out. 2008.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. **Revista de informação legislativa**, Brasília, n. 170, abr./jun. 2006. Federal, 2006.

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

ZAVASCKY, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.

Correspondência | Correspondence:

Rafael da Cunha Pimenta
Advocacia Geral da União, Av. Prudente de Morais, 2.134, Barro Vermelho, CEP 59.022-545. Natal, RN, Brasil.
Fone: (84) 3092-9700.
Email: rafael.pimenta@agu.gov.br

Recebido: 29/12/2010.
Aprovado: 04/11/2011.